

FABIAN KLEIN

Die Verwertbarkeit
gem. 28 USC § 1782(a)
erlangter Beweismittel
im deutschen Zivilprozess

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 163

herausgegeben von

Rolf Stürner



Fabian Klein

Die Verwertbarkeit
gem. 28 USC § 1782(a) erlangter
Beweismittel im deutschen
Zivilprozess

Mohr Siebeck

Fabian Klein, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und an der Université Paris 2 Panthéon-Assas; Rechtsreferendariat am Kammergericht Berlin; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomik, Humboldt-Universität zu Berlin; seit 2017 Rechtsanwalt in Berlin.
orcid.org/0000-0001-6312-6418

ISBN 978-3-16-157621-8 / eISBN 978-3-16-157622-5

DOI 10.1628/978-3-16-157622-5

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Wintersemester 2018/2019 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen auf dem Stand von September 2017. Für die Druckfassung wurde die am 25. Mai 2018 in Kraft getretene Datenschutz-Grundverordnung berücksichtigt.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Professor Dr. Gerhard Wagner. Er hat die Arbeit angeregt und hat ihre Entstehung mit großem Engagement und wertvollem Rat begleitet. Die Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl hat mich sowohl fachlich als auch persönlich geprägt und bereichert.

Professor Dr. Christoph Paulus hat das Zweitgutachten erstellt. Dafür möchte ich auch ihm herzlich danken.

Großer Dank gilt auch Simon Welzel für seine vielfältigen Anregungen zur Dissertation und für das umfangreiche Korrekturlesen des Manuskripts.

Schließlich danke ich dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die deutsche Wissenschaft, der das Entstehen dieser Arbeit mit einem Promotionsstipendium gefördert hat.

Berlin, im Mai 2019

Fabian Klein

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Erster Teil: Einleitung	1
§ 1 <i>Einführung in das Thema</i>	1
Zweiter Teil: Beweisbeschaffung gem. 28 USC § 1782(a)	7
§ 2 <i>Die discovery</i>	7
A. Ablauf	8
B. Formen	10
I. Depositions	10
II. Written Interrogatories	10
III. Physical and Mental Examinations	10
IV. Requests for Admission	10
V. Entry onto Land or other Property	11
VI. Production of Documents	11
C. Voraussetzungen	13
I. Relevanz und Verhältnismäßigkeit	13
II. Ausnahmen von der discovery: Privileges und work product rule	15
III. Schutz im Einzelfall: protective orders und confidentiality orders	16
D. Discovery außerhalb der USA belegener Beweismittel	17
E. Sanktionen	19
F. Kosten	20
§ 3 <i>28 USC § 1782(a)</i>	22
A. Tatbestand	23
I. Antragsberechtigter Personenkreis	24
II. Zuständigkeit im Rahmen von 28 USC § 1782(a)	24
III. Kein foreign discoverability requirement	28
IV. 28 USC § 1782(a) und außerhalb der USA belegene Beweismittel	29
B. Rechtsfolge	31
C. Umfang der verfügbaren discovery	35
D. Privileges von 28 USC § 1782(a)	36

E. Exkurs	36
Dritter Teil: Bestimmung des Prüfungsmaßstabs	39
§ 4 <i>Volle Geltung deutschen Rechts, keine Reduktion auf den ordre public</i>	39
A. Keine direkte Anwendung von § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO	40
B. Keine analoge Anwendung von § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO	41
I. Keine vergleichbare Interessenlage	41
II. Erst-Recht-Schluss unzulässig	44
III. Kein Argument aus § 369 ZPO	45
IV. Kein Argument aus der prozessualen Maßgeblichkeit der lex fori ...	47
V. Zwischenergebnis	48
C. Zwischenergebnis	48
§ 5 <i>Prüfungsmaßstab des deutschen Rechts</i>	49
A. Materiell-rechtliche Ansätze	50
I. Darstellung	50
II. Analyse	51
1. Kein Verstoß gegen materielles Recht	52
a) Strafrecht	52
b) Zivilrecht	52
c) Kein Verstoß gegen deutsches öffentliches Recht	54
2. Kritik an den materiell-rechtlichen Ansätzen	54
a) Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht	54
aa) Keine Bezugnahme auf §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 823 BGB ...	56
bb) Keine Bezugnahme auf den Schutzzweck des materiellen	
Rechts	57
cc) Keine Bezugnahme auf Treu und Glauben	57
b) Weitere Kritikpunkte	59
aa) § 1004 BGB	59
bb) Schutzzweck des materiellen Rechts	59
cc) Treu und Glauben	60
B. Prozessrechtlicher Ansatz	61
I. Darstellung	61
II. Analyse	62
C. Verfassungsrechtlicher Ansatz	63
I. Darstellung	64
II. Analyse	66
III. Kritik am verfassungsrechtlichen Ansatz	66
1. Geltung der Grundrechte	66
a) Keine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte	67
b) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte	68
c) Folgen für die Verwertbarkeit von Beweismitteln	70

d) Zwischenergebnis	72
2. Anwendungsvorrang des einfachen Rechts	72
3. Legitimatorische Grenzen richterlicher Rechtsanwendung	73
IV. Zwischenergebnis	74

Vierter Teil: Bestimmung der Verwertbarkeit gem. 28 U. S. C.

§ 1782(a) erlangter Beweismittel anhand des verfassungsrechtlichen Ansatzes	75
--	----

§ 6 <i>Eingriff</i>	75
---------------------------	----

A. Schutzbereich der relevanten Grundrechte	75
I. Natürliche Personen	76
II. Juristische Personen	78
1. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse	78
2. Anderweitige Informationen	79
a) Streitstand	79
aa) Durchgriffsthese	79
bb) Grundrechtstypische Gefährdungslage	80
b) Grundrechtlicher Schutz nach beiden Auffassungen	80
c) Zwischenergebnis	82
III. Kein Schutz offenkundiger Informationen	82
IV. Anwendung auf gem. 28 USC § 1782(a) erlangte Beweismittel	83
B. Beeinträchtigung des Schutzbereichs	85
C. Zwischenergebnis	87

§ 7 <i>Rechtfertigung</i>	87
---------------------------------	----

A. Gesetzliche Grundlage des Eingriffs	87
I. Erhebung und Verwertung gem. §§ 355 ff. ZPO und § 286 ZPO	88
II. Keine Verwertung gem. § 493 ZPO	88
1. Keine direkte Anwendung von § 493 ZPO	89
2. Keine analoge Anwendung von § 493 ZPO	89
III. Zusammenfassung	90
B. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	90
I. Legitimer Zweck	91
II. Geeignetheit	93
III. Erforderlichkeit	93
1. Subsidiarität gem. 28 USC § 1782(a) erlangter Beweismittel	94
2. Kritik	94
3. Zwischenergebnis	96
IV. Angemessenheit	96
1. Bildung der praktischen Konkordanz der widerstreitenden Grundrechte	97
2. Kritik an der Methode der Bildung praktischer Konkordanz	98

3. Konsequenzen für die Bildung praktischer Konkordanz	99
4. Beweisrechtliche Geheimverfahren	100
a) Zulässigkeit beweisrechtlicher Geheimverfahren im Zivilprozess	101
aa) Streitstand	102
bb) Stellungnahme	103
b) Keine geeignete Lösung für 28 USC § 1782(a)	105
c) Zusammenfassung	106
5. Sammlung der relevanten Wertungen	107
a) Für die Verwertbarkeit sprechende Wertungen	107
aa) „Wahrheitszweck“ des Zivilprozesses	107
bb) Notwehr des Beweisführers	111
cc) Grundsatz der Prozessökonomie	113
dd) Drohende Verlagerung von Prozessen in die USA	114
ee) Zusammenfassung	115
b) Gegen die Verwertbarkeit sprechende Wertungen	115
aa) Grundsatz der Waffengleichheit	115
(1) Historische Entwicklung und normative Verankerung .	115
(2) Inhaltliche Anforderungen	117
(3) Konsequenzen für die Bildung praktischer Konkordanz	121
bb) Verbot ausforschender Beweisanträge	123
cc) Nemo contra se edere tenetur	124
(1) Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Zivilprozess	125
(a) Keine Verallgemeinerung punktueller Aufklärungspflichten	125
(b) Kein prozessualer Wahrheitszweck	127
(c) Historische Grundlagen	128
(d) Zwischenergebnis	128
(2) Konsequenzen für die Bildung praktischer Konkordanz	129
dd) Beweislastverteilung	130
ee) Datenschutz	131
(1) Anwendbarkeit des europäischen Datenschutzrechts ..	132
(a) Sachlicher Anwendungsbereich	132
(aa) Personenbezogene Daten	132
(bb) Ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung von Daten	134
(b) Räumlicher Anwendungsbereich	135
(c) Zwischenergebnis	135
(2) Rechtsfolge: Allgemeines Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	136

(a) Datenübermittlung in einen Drittstaat, Art. 44 ff. DSGVO	137
(aa) Art. 45 DSGVO	137
(bb) Art. 46 DSGVO	139
(cc) Art. 47 DSGVO	140
(dd) Art. 48 DSGVO	141
(ee) Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO	142
(ff) Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO	142
(gg) Art. 49 Abs. 1 UAbs. 2 und Abs. 6 DSGVO	144
(hh) Zwischenergebnis	149
(b) Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung gem. Art. 6 DSGVO	149
(aa) Keine Einwilligung der Betroffenen	149
(bb) Keine gesetzliche Verpflichtung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO	151
(cc) Interessenabwägung, Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO ..	151
(c) Zwischenergebnis	152
(3) US-Recht: Vorlagepflicht auch entgegen Datenschutzrecht	152
(4) Konsequenzen für die Bildung praktischer Konkordanz	154
ff) Vorbehalt gem. Art. 23 Haager Beweisübereinkommen ...	154
(1) Geltendes Recht	154
(2) Gescheiterte Reform von § 14 Abs. 2 AGHBÜ	156
(3) Konsequenzen für die Bildung praktischer Konkordanz	158
§ 8 Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung	160
§ 9 Folgeproblem: Sachvortragsverwertungsverbot	161
A. Grundrechtliche Relevanz der Verwertung von Sachvortrag	162
B. Prozessuale Konsequenzen	164
C. Ergebnis	165
 Fünfter Teil: Schlussbetrachtungen	 167
§ 10 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	167
 Literaturverzeichnis	 171
Sachregister	189

Abkürzungsverzeichnis

1st Cir.	United States Court of Appeals for the First Circuit
2d Cir.	United States Court of Appeals for the Second Circuit
3d Cir.	United States Court of Appeals for the Third Circuit
5th Cir.	United States Court of Appeals for the Fifth Circuit
7th Cir.	United States Court of Appeals for the Seventh Circuit
9th Cir.	United States Court of Appeals for the Ninth Circuit
a.A.	andere Ansicht
a.a. O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AK	Alternativkommentar
Alt.	Alternative
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Begr.	Begründer
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
Chi.-Kent. L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
D.C. Cir.	United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
D.D. C.	United States District Court for the District of Columbia

d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E.D. Ark.	United States District Court for the Eastern District of Arkansas
E.D. N. Y.	United States District Court for the Eastern District of New York
E.D. Pa.	United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	folgende/fortfolgende
F.R.D.	Federal Rules Decisions
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
FIU L. Rev.	Florida International University College Law Review
Fn.	Fußnote
Fordham J. Corp. & Fin. L.	Fordham Journal of Corporate & Financial Law
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
FS	Festschrift
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GS	Gedächtnisschrift
h.M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HdB	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.E.	im Ergebnis
i.e. S.	im engeren Sinne
I.L. M.	International Legal Materials
i.V.m.	in Verbindung mit
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Verfahrensrecht
J. Arb. Stud.	Journal of Arbitration Studies
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau

Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation & Recht
KG	Kammergericht
KOM	Dokumente der Kommission
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
lit.	littera, Buchstabe
m.w. N.	mit weiteren Nachweisen
m.z. N.	mit zahlreichen Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
Mont. L. Rev.	Montana Law Review
MüKo	Münchener Kommentar
N.D. Cal.	United States District Court for the Northern District of California
N.D. Ill.	United States District Court for the Northern District of Illinois
N.D. Tex.	United States District Court for the Northern District of Texas
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OK	Onlinekommentar
OLG	Oberlandesgericht
ÖsterrJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Rich. J. L. & Tech.	Richmond Journal of Law & Technology
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Satz (in Gesetzeszitaten); Seite (in Literaturzitaten)
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S.D. Florida	United States District Court for the Southern District of Florida
S.D. Texas	United States District Court for the Southern District of Texas
S.D. N. Y.	United States District Court for the Southern District of New York
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Syracuse J. Int'l L. & Com.	Syracuse Journal of International Law and Commerce
Tenn. L. Rev.	Tennessee Law Review
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Transnat'l L. & Contemp. Probs.	Transnational Law & Contemporary Problems
U. Chic. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UAbs.	Unterabsatz
US	Vereinigte Staaten

USC	United States Code
v.	versus
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Willamette L. Rev.	Willamette Law Review
WL	Westlaw
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZDAR	Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZStV	Zeitschrift für Stiftungs- und Vereinswesen
ZVgIRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Erster Teil

Einleitung

§ 1 Einführung in das Thema

„Recht haben und Recht bekommen sind zweierlei.“ Diese Spruchweisheit hat einen wahren Kern. Der Rechtssuchende „bekommt“ nur dann Recht, wenn er beweisen kann, dass er Recht „hat“. Mit anderen Worten: Die verfahrensmäßige Durchsetzung materiellen Rechts erfordert Kenntnis des relevanten Sachverhalts auf Seiten des zur Entscheidung berufenen Gremiums. Die verschiedenen Verfahrensordnungen begegnen dieser Anforderung auf unterschiedliche Weise: Im Strafverfahren etwa ist es nach dem Ermittlungsgrundsatz Aufgabe des Gerichts, die tatsächliche Entscheidungsgrundlage zu schaffen, indem es Maßnahmen zur Erforschung der Wahrheit ergreift.¹ Im Zivilprozess hingegen liegt es nach dem Beibringungsgrundsatz an den Parteien, die relevanten Tatsachen vorzutragen.² Das Gericht überprüft die Tatsachenbehauptungen der Parteien ggf. durch Beweiserhebung, nimmt aber darüber hinaus keine eigenständige Ermittlung des Sachverhalts vor.³

Im Regelfall ist der zivilprozessuale Beibringungsgrundsatz geeignet, eine befriedigende Entscheidungsgrundlage zu schaffen: Die Parteien haben die größte Nähe zum streitrelevanten Sachverhalt und kennen diesen daher am besten. Aufgrund ihres Eigeninteresses am Obsiegen im Prozess tragen sie den entscheidungserheblichen Tatsachenstoff regelmäßig auch umfassend vor.⁴

Das gilt aber nicht, wenn eine Partei nicht alle ihr Rechtsschutzbegehren tragenden Tatsachen kennt. Kennt z. B. der Anspruchsteller nicht alle anspruchsbegründenden Umstände, kann er diese im Prozess auch nicht darlegen. Unabhängig von der Rechtslage nach materiellem Recht hat sein Rechtsschutzbegehren dann keine Aussicht auf Erfolg. Die *prozessuale Informationsnot* der Partei schafft hier ein Spannungsverhältnis zwischen Beibringungsgrundsatz und materieller Gerechtigkeit.⁵

¹ Fischer, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Einleitung Rn. 12.

² Statt aller Leipold, in: Stein/Jonas²², vor § 128 Rn. 146; Reichold, in: Thomas/Putzo, Einl I Rn. 1 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77 Rn. 1 ff.

³ Leipold, in: Stein/Jonas²², vor § 128 Rn. 155; Reichold, in: Thomas/Putzo, Einl I Rn. 2.

⁴ Leipold, in: Stein/Jonas²², vor § 128 Rn. 151. Vgl. zu Einschränkungen des Beibringungsgrundsatzes Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77 Rn. 15 ff.

⁵ Stürner, Aufklärungspflicht, S. 47.

Dieses Spannungsverhältnis versucht das deutsche Recht auf vielfältige Weise zu entschärfen. Das materielle Recht kehrt verschiedentlich die Darlegungs- und Beweislast um, bzw. stellt (widerlegbare) Rechts- und Tatsachenvermutungen auf,⁶ und gewährt dem Anspruchsteller gesetzliche und richterrechtlich entwickelte Informationsansprüche⁷. Das Prozessrecht verpflichtet die Parteien dazu, sich im Prozess vollständig und der Wahrheit gemäß zu erklären (§ 138 Abs. 1 ZPO), und zwar auch über die vom Gegner behaupteten Tatsachen (§ 138 Abs. 2 ZPO),⁸ und gewährt darüber hinaus punktuell Ansprüche auf Urkundenedition, insbesondere gem. §§ 422, 423, 142 Abs. 1 ZPO⁹.

Die genannten Instrumente haben aber jeweils nur einen begrenzten Anwendungsbereich.¹⁰ Ein allgemeiner Anspruch auf Mitwirkung und Aufklärung durch den Prozessgegner besteht nicht.¹¹ Vielmehr beharrt der BGH unter Verweis auf die zivilprozessuale Verhandlungsmaxime darauf, dass im Grundsatz „keine Partei [...] gehalten [ist], dem Gegner für seinen Prozeßsieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt“¹². Im Zusammenhang damit steht auch das Verbot prozessualer Ausforschung. Danach müssen Beweisangebote dazu dienen, das Gericht von der Wahrheit bereits behaupteter Tatsachen zu überzeugen, und dürfen nicht dazu missbraucht werden, dem Beweisführer neue Tatsachen oder Erkenntnisquellen zu erschließen.¹³ Anschaulich heißt es insofern, dass das deutsche Recht sog. „Beweisfischzüge“¹⁴ verbiete.¹⁵

⁶ Z. B. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, vgl. auch die Übersicht bei *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, S. 147 f.

⁷ Z. B. § 1605 Abs. 1 BGB, vgl. auch die Übersicht bei *Brandt*, Das englische Disclosure-Verfahren, S. 84 ff.

⁸ Daraus hat die Rechtsprechung die Grundsätze der sekundären Darlegungslast abgeleitet, vgl. *Fritsche*, in: MüKo-ZPO, § 138 ZPO Rn. 21 ff.

⁹ Vgl. zur Bedeutung der Editionsspflicht gem. § 142 n. F. ZPO *Wagner*, JZ 2007, 706.

¹⁰ *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, S. 163 ff.; *Stürner*, Aufklärungspflicht, S. 27.

¹¹ BGH NJW 1990, 3151. In diesem Sinne unter Bezugnahme auf das Urteil auch die h. M. in der Literatur, statt aller *Wagner*, JZ 2007, 706 (707). A. A. vor allem *Stürner*, Aufklärungspflicht, passim.

¹² BGH NJW 1958, 1491 (1492). Seitdem st. Rspr., vgl. BGH NJW 1964, 1414 (1414); NJW 1990, 3151 (3151); NJW 2007, 155 (156). Ebenso die Rechtsprechung des BAG, vgl. z. B. NJW 2004, 2848 (2851). In diese Richtung auch schon RGZ 63, 408 (410): „Keine Partei ist verpflichtet, sich, um der Gegenpartei den Beweis zu erleichtern, als Beweismittel benutzen zu lassen [...]“. Dieser Rechtssatz wird in Anlehnung an die strafprozessuale Regel *nemo tenetur se ipsum accusare* auch formuliert als *nemo contra se edere tenetur*, vgl. statt aller *Götz*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Zivilverfahren, S. 83 ff. m. w. N.

¹³ Das gilt auch und gerade dann, wenn diese Tatsachen in der Folge zum Gegenstand von prozessualen Sachvortrag gemacht werden sollen. Vgl. die Übersichten bei *Schumann*, in: Stein/Jonas²⁰, Einl. Rn. 42 ff.; *Greger*, in: Zöller, vor § 284 Rn. 8c.

¹⁴ Engl. „fishing expeditions“, vgl. zum Begriff *Junker*, Discovery, S. 119 f. m. w. N.

¹⁵ Vgl. z. B. *Sachs*, SchiedsVZ 2003, 193.

Das US-amerikanische Recht ist davon grundlegend verschieden. Im Rahmen der sogenannten discovery¹⁶ schulden die Parteien eines Zivilprozesses einander grundsätzlich umfassende gegenseitige Information und Aufklärung bzgl. aller relevanten Tatsachen und Beweismittel.¹⁷ Das gilt auch (und gerade) für solche Informationen bzw. Beweismittel, die der jeweils offenlegenden Partei zum Nachteil gereichen.¹⁸ *Junker* charakterisiert die discovery daher zustimmungswürdig als „Verfahrensabschnitt mit eingebautem Ausforschungselement“.¹⁹

Brisant wird die geschilderte Divergenz aus deutscher Perspektive, weil die discovery auch für hierzulande geführte Prozesse nutzbar gemacht werden kann. 28 USC § 1782(a)²⁰ ermöglicht es, mit Hilfe der discovery Beweismittel für Rechtsstreitigkeiten außerhalb der USA zu beschaffen. Auch die Parteien eines deutschen Rechtsstreits können sich bei Vorliegen der Voraussetzungen von 28 USC § 1782(a)²¹ mithin der Instrumente der discovery bedienen, um von ihrem Prozessgegner Informationen zu erlangen.

Dieser Befund erscheint auf den ersten Blick begrüßenswert. Die umfassende Ermittlung des relevanten Sachverhalts verringert prozessuale Informationsnot, erlaubt den Parteien vollständigeren Tatsachenvortrag und fördert mithin die Verwirklichung des materiellen Rechts.²²

Für die aufklärungspflichtige Person folgen aus der discovery aber potenziell erhebliche Belastungen. Es sind mitunter Informationen preiszugeben, deren Geheimheit durch das deutsche Recht geschützt ist. Das ist jedenfalls dann problematisch, wenn ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der in Rede stehenden Informationen besteht, etwa wenn diese wettbewerblich relevante Berufs- oder Geschäftsgeheimnisse zum Gegenstand haben, oder, soweit natürliche Personen betroffen sind, deren Privat- bzw. Intimsphäre berühren.²³ Darüber hinaus ist die discovery ausgesprochen zeit- und kostenintensiv.²⁴ Das ist vor allem deshalb heikel, weil nach der sog. American Rule of Costs eine Er-

¹⁶ Vgl. zur discovery insgesamt die aus dt. Perspektive grundlegende Darstellung bei *Junker*, Discovery, passim.

¹⁷ Dabei ist wiederum ein sehr weites Verständnis von „Relevanz“ zugrunde zu legen, vgl. *Marcus*, in: *Wright/Miller*, 8B Fed. Prac. & Proc. Civil, § 2008.

¹⁸ Vgl. zum Umfang der discovery im Einzelnen unten, § 2 C.

¹⁹ *Junker*, ZZPInt 1 (1996), 235 (238).

²⁰ § 1782 des 28. Titels des United States Code. Der United States Code ist das allgemeine Bundesrecht der Vereinigten Staaten, sein 28. Titel regelt das Justizsystem des Bundes. Die Vorschrift ist an späterer Stelle im Wortlaut wiedergegeben, vgl. unten, § 3.

²¹ Vgl. hierzu aus dt. Perspektive die sehr ausführliche Darstellung bei *Adler*, US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess, S. 217 ff.

²² *Stürner*, Aufklärungspflicht, S. 42 ff.; *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, S. 115 ff.

²³ Vgl. dazu aus datenschutzrechtlicher Perspektive jüngst *Posdziech*, Discovery und Datenschutzrecht, passim.

²⁴ Vgl. *Schack*, Einführung, S. 46.

stattung der Prozesskosten grundsätzlich nicht stattfindet. Die Parteien tragen ihre Kosten unabhängig von Obsiegen oder Unterliegen im Rechtsstreit regelmäßig selbst.²⁵ In den USA hat es sich deshalb als Prozesstaktik etabliert, möglichst weitgehende und für den Gegner kostenintensive discovery-Maßnahmen zu beantragen, um diesen so zum Abschluss eines Vergleichs zu drängen.²⁶ Sind die Parteien aber aus wirtschaftlichen Gründen genötigt, einen Vergleich abzuschließen, anstatt die Rechtslage durch das Gericht klären zu lassen, so erweist sich die discovery als der Verwirklichung des materiellen Rechts insofern abträglich²⁷ und „truth defeating“²⁸. Weiterhin kann die Informationsbeschaffung über 28 USC § 1782(a) in objektiv-rechtlicher Hinsicht eine Umgehung der Grenzen prozessualer Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht nach deutschem Recht bedeuten.²⁹ Sie birgt daher das Risiko des Missbrauchs zum Zweck einer nach deutschem Recht verbotenen prozessualen Ausforschung. Schließlich sind Konstellationen vorstellbar, in denen nur bezüglich einer der Parteien des deutschen Rechtsstreits die Voraussetzungen gem. 28 USC § 1782(a) erfüllt sind. Erlangt aber nur eine Partei Aufklärung in den USA, so besteht ein Spannungsverhältnis zwischen 28 USC § 1782(a) und dem Grundsatz prozessualer Waffengleichheit.

Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende Untersuchung klären, ob die Früchte des Verfahrens gem. 28 USC § 1782(a) taugliche Beweismittel in einem deutschen Zivilprozess darstellen. Damit steht die *Verwertbarkeit* der entsprechend erlangten Beweismittel in Rede.

Die Frage war – soweit ersichtlich – bislang nicht Gegenstand richterlicher Erkenntnis. Im Schrifttum finden sich monografische Auseinandersetzungen mit dem Thema bei *Eschenfelder*³⁰, *Rollin*³¹, *Adler*³² und *Reiling*³³ sowie eini-

²⁵ Vgl. die Übersicht bei *Thueson*, 40 Mont. L. Rev. 308 (1979).

²⁶ Sog. „nuisance value“ („Belästigungswert“) der discovery. Vgl. dazu *Lorenz*, ZJP 111 (1998), 35 (49 f.), der auch davon spricht, dass die discovery von den Parteien „pervertiert“ werde. Vor diesem Hintergrund kann es auch nicht überraschen, dass es 2015 nur bei 1,1 % der bei den US-Bundesgerichten in Zivilsachen anhängig gemachten Klagen zu einer mündlichen Verhandlung gekommen ist, Federal Judicial Caseload Statistics 2015, Table C-4, online verfügbar unter http://www.uscourts.gov/sites/default/files/c04mar15_0.pdf, zuletzt abgerufen am 16. Mai 2019.

²⁷ In diesem Sinne auch *Lorenz*, ZJP 111 (1998), 35 (50).

²⁸ *Langbein*, U. Chic. L. Rev. 823 (1985).

²⁹ *Wagner*, FS Leipold, S. 801 (817): „Was sind die Konsequenzen einer extensiven Interpretation von 28 U. S. C. § 1782(a) für das deutsche Verfahrensrecht? Sie bestehen kurz gesagt darin, dass sich die Voraussetzungen und Grenzen des § 142 ZPO beliebig unterlaufen lassen, indem ein Rechtshilfeersuchen an das zuständige Gericht gestellt wird.“

³⁰ *Eschenfelder*, Beweiserhebung im Ausland, S. 155 ff., 255 ff.

³¹ *Rollin*, Ausländische Beweisverfahren, S. 117 ff.

³² *Adler*, US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess, S. 457 ff.

³³ *Reiling*, Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen, S. 271 ff.

ge Aufsatzliteratur.³⁴ Die bislang einhellige Meinung im Schrifttum befürwortet die Verwertung gem. 28 U. S. C. § 1782(a) erlangter Beweismittel.³⁵ Dabei wird zwar meistens nicht in Abrede gestellt, dass zwischen den Aufklärungsmöglichkeiten gem. 28 USC § 1782(a) und gewissen Wertungen des deutschen Rechts zumindest ein Spannungsverhältnis besteht.³⁶ Das sei aber im Ergebnis nicht ausschlaggebend. Es folge nämlich aus dem internationalen Zivilprozessrecht, dass gem. 28 USC § 1782(a) erlangte Beweismittel nur dann von der Verwertung im Prozess ausgeschlossen seien, wenn andernfalls gegen den ordre public verstoßen würde.³⁷ Ein solcher Verstoß sei bei Erhebung bzw. Verwertung gem. 28 USC § 1782(a) erlangter Beweismittel aber grundsätzlich nicht gegeben.³⁸ Insgesamt gelte es, die „Andersartigkeit des ausländischen Verfahrens“ zu akzeptieren.³⁹

Dieser Konsens soll im Folgenden einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Dabei werden ausschließlich solche Verfahren untersucht, bei denen zwischen den Parteien des deutschen Rechtsstreits und des Verfahrens gem. 28 USC § 1782(a) Identität besteht. Damit sind erstens solche Fälle ausgeschlossen, in denen das Verfahren gem. 28 USC § 1782(a) nicht auf den Antrag einer Prozesspartei zurückgeht, sondern auf ein Rechtshilfeersuchen des deutschen Gerichts. In dieser Konstellation handelt es sich bei dem Verfahren gem. 28 USC § 1782(a) um eine Beweisaufnahme im Ausland gem. § 363 Abs. 1 ZPO entsprechend dem Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen von 1971 (im Folgenden: „HBÜ“).⁴⁰ An der Ver-

³⁴ *Adler*, ZDAR 2014, 138; *Brinkmann*, IPRax 2015, 109; *Dombrowski*, GRUR-Prax 2016, 319; *Eschenfelder*, RIW 2006, 443; *Kraayvanger/Richter*, RIW 2007, 177; *Kraayvanger/Richter/Wendler*, SchiedsVZ 2008, 161; *Martinez-Fraga*, SchiedsVZ 2010, 85; *Müller-Stoy*, GRUR Int 2005, 558; *Myers/Valen/Weinreich*, RIW 2009, 196; *Rieckers*, RIW 2005, 19; *Schönknecht*, GRUR Int 2011, 1000; *Wagner*, FS Leipold, S. 801.

³⁵ *Adler*, US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess, S. 464 f.; *Eschenfelder*, Beweiserhebung im Ausland, S. 195; *ders.*, RIW 2006, 443 (447); *Müller-Stoy*, GRUR Int 2005, 558 (564); *Reiling*, Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen, S. 303; *Rollin*, Ausländische Beweisverfahren, S. 144; *Schönknecht*, GRUR Int 2011, 1000 (1007); *Wagner*, FS Leipold, S. 801 (817 f.).

³⁶ Vgl. z. B. *Adler*, US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess, S. 461; *Eschenfelder*, Beweiserhebung im Ausland, S. 191; *Reiling*, Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen, S. 285 ff.

³⁷ *Eschenfelder*, Beweiserhebung im Ausland, S. 162 ff., 229 ff.; *ders.*, RIW 2006, 443 (445); *Müller-Stoy*, GRUR Int 2005, 558 (564); *Reiling*, Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen, S. 276 ff.; *Rollin*, Ausländische Beweisverfahren, S. 138 f.; *Schönknecht*, GRUR Int 2011, 1000 (1007 f.).

³⁸ *Eschenfelder*, Beweiserhebung im Ausland, S. 183 ff., 208 ff., 229 ff.; *ders.*, RIW 2006, 443 (447); *Müller-Stoy*, GRUR Int 2005, 558 (564); *Reiling*, Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen, S. 301; *Rollin*, Ausländische Beweisverfahren, S. 149; *Schönknecht*, GRUR Int 2011, 1000 (1007); *Wagner*, FS Leipold, S. 801 (817 f.), die insofern auf BGHZ 118, 312 verweisen. Vgl. dazu unten, § 4 C.

³⁹ *Eschenfelder*, Beweiserhebung im Ausland, S. 205 ff.

⁴⁰ Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handels-

wertbarkeit entsprechend erlangter Beweismittel besteht kein Zweifel.⁴¹ Zweitens schließt die Untersuchung Konstellationen aus, in denen der Antrag gem. 28 USC § 1782(a) sich nicht gegen den Prozessgegner richtet, sondern gegen einen Dritten. In diesen Fällen kann die subjektiv-rechtliche Gemengelage, die es im Folgenden darzustellen gilt, von der hier zu untersuchenden Konstellation abweichen; die Bearbeitung der sich daraus ergebenden Fragen soll anderen Untersuchungen vorbehalten bleiben.

Die nachstehende Untersuchung geht folgendermaßen vor: Im ersten Schritt wird der Untersuchungsgegenstand dargestellt. Zu diesem Zweck wird zunächst die pre-trial discovery im Allgemeinen skizziert (§ 2), um sodann aufzuzeigen, unter welchen Voraussetzungen 28 USC § 1782(a) den Rückgriff auf die discovery zum Zweck der Unterstützung von Rechtsstreitigkeiten im Ausland erlaubt (§ 3). Anschließend gilt es, den zur Bestimmung der Verwertbarkeit gem. 28 USC § 1782(a) erlangter Beweismittel einschlägigen Prüfungsmaßstab zu identifizieren. Dabei wird sich ergeben, dass die Verwertbarkeit – anders als im o. g. Schrifttum angenommen – in keinem Zusammenhang mit dem ordre public steht (§ 4), sondern unter Rückgriff auf das Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechte der Prozessparteien, zu bestimmen ist (§ 5). In Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs ist sodann zu klären, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Verwertung gem. 28 USC § 1782(a) erlangter Beweismittel mit einem Eingriff in die Grundrechte des Beweisgegners verbunden ist (§ 6), und ob dieser ggf. gerechtfertigt ist (§ 7). Dabei wird sich als Ergebnis zeigen, dass die Verwertung der in Rede stehenden Beweismittel nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig ist (§ 8). Das führt zu der prozessualen Folgefrage nach der Verwertbarkeit von Sachvortrag, der auf gem. 28 USC § 1782(a) erlangten Informationen beruht (§ 9). Abschließend werden die wichtigsten Ergebnisse der Arbeit noch einmal zusammengefasst (§ 10).

sachen vom 18. März 1970, BGBl. 1977 II, S. 1472, in Deutschland seit dem 26. Juni 1979 in Kraft, vgl. die Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Übereinkommens vom 21. Juni 1979, BGBl. 1979 II, S. 780.

⁴¹ Bzgl. der Verwertbarkeit gem. 28 USC § 1782(a) erlangter Beweismittel im schweizer Zivilprozess ebenso *Müller-Chen*, FS Tercier, S. 925 (934).

Zweiter Teil

Beweisbeschaffung gem. 28 USC § 1782(a)

Das US-amerikanische Beweisverfahren der discovery kann unter den Voraussetzungen gem. 28 USC § 1782(a) durchgeführt werden, um Beweismittel für einen außerhalb der USA anhängigen Rechtsstreit zu beschaffen. Im Folgenden werden die Modalitäten dieser Beweisbeschaffung dargestellt.¹ Zu diesem Zweck wird zunächst das Verfahren der discovery beschrieben (§ 2), um sodann die Voraussetzungen aufzuzeigen, unter denen discovery gem. 28 USC § 1782(a) für außerhalb der USA anhängige Rechtsstreitigkeiten nutzbar gemacht werden kann (§ 3).

§ 2 Die discovery

Die discovery bezeichnet ein Verfahren zur möglichst umfassenden Erforschung des streitrelevanten Sachverhalts im US-Zivilprozessrecht. Der Supreme Court hat in *Hickman v. Taylor* die Funktion der 1938 durch eine Reform der Federal Rules of Civil Procedure (im Folgenden: „FRCP“) eingeführten discovery folgendermaßen beschrieben:

„The pretrial deposition-discovery mechanism established by Rules 26 to 37 is one of the most significant innovations of the Federal Rules of Civil Procedure. Under the prior federal practice, the pretrial functions of notice-giving, issue-formulation, and fact-revelation were performed primarily and inadequately by the pleadings. Inquiry into the issues and the facts before trial was narrowly confined, and was often cumbersome in method. The new rules, however, restrict the pleadings to the task of general notice-giving, and invest the deposition-discovery process with a vital role in the preparation for trial. The various instruments of discovery now serve (1) as a device, along with the pretrial hearing under Rule 16, to narrow and clarify the basic issues between the parties, and (2) as a device for ascertaining the facts, or information as to the existence or whereabouts of facts, relative to those issues. Thus, civil trials in the federal courts no longer need be carried on in the dark. The way is now clear, consistent with recognized privileges, for the parties to obtain the fullest possible knowledge of the issues and facts before trial.“²

¹ Die Beschreibung des US-amerikanischen Rechts ist bewußt auf das zum Verständnis der vorliegenden Untersuchung Notwendige beschränkt. Für eine weitergehende Darstellung der discovery aus deutscher Perspektive vgl. v. a. *Junker*, Discovery, passim. Tatbestand und Rechtsfolge von 28 USC § 1782(a) sind in sehr ausführlich dargestellt bei *Adler*, US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess, S. 211 ff.

² *Hickman v. Taylor*, 329 US 495, 501 (1947).

Entsprechende Verfahren sind im Zivilverfahrensrecht des Bundes (d. h. den FRCP), sowie in allen Gliedstaaten vorgesehen.³ Im Folgenden wird allerdings ausschließlich die in FRCP 26–38 geregelte discovery nach Bundesrecht dargestellt, da gem. 28 USC § 1782(a) stets die Bundesgerichte zur Durchführung der discovery berufen sind.⁴

A. Ablauf

Die discovery findet vor der mündlichen Verhandlung (trial) statt, gehört also zum Verfahrensabschnitt des pre-trial.

Bis zum Beginn der discovery stellt sich das pre-trial folgendermaßen dar: Gem. FRCP 3 beginnt das Verfahren durch Einreichung der Klageschrift (complaint) bei Gericht und ihre Zustellung an den Beklagten.⁵ Die Klageschrift hat in den USA aber einen anderen Inhalt als in Deutschland. Während in Deutschland gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO durch die Klageschrift bereits der Streitgegenstand im Wesentlichen festgelegt wird,⁶ ist in den USA gem. FRCP 8(a) nur ein „short and plain statement of the claim“ erforderlich. Nach Zustellung der Klageschrift muss sodann der Beklagte auf die Klage antworten (Klageerwidderung, answer), FRCP 8(b). Tatsachenbehauptungen bzw. Beweisangebote finden sich im complaint regelmäßig nicht, dieser hat nur die Aufgabe, den Beklagten „grob ins Bild zu setzen“.⁷

Nach Austausch der gegenseitigen Schriftsätze tritt das Verfahren in das Stadium der pre-trial discovery ein. Diese beginnt ihrerseits gem. FRCP 26(a)(1) mit der sog. initial disclosure.⁸ In diesem Rahmen müssen die Parteien einander unaufgefordert gewisse im Gesetz definierte Informationen offenlegen.⁹ Konkret verpflichtet FRCP 26(a)(1) zu folgender disclosure: Nennung von Namen, Anschrift und Telefonnummer aller Personen, die über Informationen und Beweismittel verfügen, auf die die offenlegende Partei sich im Pro-

³ Hazard/Leubsdorf/Bassett, Civil Procedure, S. 334.

⁴ Im Übrigen sind die Zivilverfahrensrechte der Gliedstaaten weitestgehend identisch mit den FRCP, vgl. Schack, Einführung, S. 16. Die Regelung zur discovery haben viele Gliedstaaten (wie auch die FRCP insgesamt) wortgleich übernommen, so z. B. Kalifornien, Illinois und New York, vgl. Hazard/Leubsdorf/Bassett, Civil Procedure, S. 335 m. w. N.

⁵ Die Klageschrift und die diesbezüglich vom Gericht ausgestellte Ladung werden grundsätzlich im Parteibetrieb zugestellt, Rule 4(c)(1) FRCP, vgl. auch Schack, Einführung, S. 37 Fn. 273 m. w. N.

⁶ Becker-Eberhard, in: MüKo-ZPO, § 253 ZPO Rn. 66.

⁷ Schack, Einführung, S. 41. Vgl. auch die im Anhang zur FRCP (Appendix of Forms), No. 10, abgedruckte Musterklageschrift, die nur wenige Zeilen umfasst.

⁸ Dieser Verfahrensabschnitt wurde durch die FRCP-Reform 1993 eingeführt. Vgl. dazu Lasso, 36 B. C. L. Rev. 479, 488 ff. (1995).

⁹ Nämlich solche Informationen, deren Offenlegung eine vernünftige Partei in einem normalen Zivilverfahren ohnehin beantragt hätte, Hazard/Leubsdorf/Bassett, Civil Procedure, S. 351.

zess beziehen will; Übergabe bzw. Benennung von Dokumenten und anderen Gegenständen, auf die die Partei sich im Prozess beziehen will; soweit Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden, eine Berechnung des Schadens inkl. ggf. erforderlicher Belege; Vorlage von Verträgen über etwaig bestehende Versicherungen, die durch das Urteil ggf. entstehende Zahlungspflichten abdecken.¹⁰ Im Rahmen der initial disclosure sind mithin nur solche Informationen und Beweismittel aufzudecken, auf die die offenlegende Partei sich selbst beziehen will. Die initial disclosure betrifft also nur die Offenlegung von für die offenlegende Partei vorteilhaften Informationen; in der späteren discovery im engeren Sinne sind hingegen auch solche Informationen offenzulegen, die dem Prozessgegner zum Vorteil gereichen.¹¹

Sodann beginnt die eigentliche discovery. Diese wird zentral von den Parteien bzw. deren Prozessvertretern betrieben und besteht darin, dass die Parteien einander nach entsprechender Aufforderung durch den jeweiligen Prozessgegner gegenseitig für den Prozess relevante Informationen bzw. Beweismittel offenlegen.¹² Das Gericht wird in dieser Phase nur tätig, soweit zwischen den Parteien Streit über die Zulässigkeit bestimmter discovery-Begehren entsteht, bzw. wenn eine Partei ihren Verpflichtungen im Rahmen der discovery nicht gerecht wird.¹³ Nach Abschluss des gegenseitigen Austausches der relevanten Informationen und Beweismittel endet das discovery-Verfahren mit der sog. final pretrial disclosure, in deren Rahmen die Parteien einander unaufgefordert offenlegen müssen, welche Beweismittel sie in der späteren mündlichen Verhandlung vorzulegen gedenken, FRCP 26(a)(3). Der Prozessgegner hat sodann die Gelegenheit, innerhalb von 14 Tagen potenzielle Einwände gegen die Zulässigkeit der in Rede stehenden Beweismittel vorzubringen. Auf diese Weise soll die mündliche Verhandlung von Streitigkeiten um die Zulässigkeit von Beweismitteln freigehalten werden.¹⁴ Beweismittel, die nicht schon Gegenstand der discovery waren, können in der späteren mündlichen Verhandlung nicht mehr in das Verfahren eingeführt werden.¹⁵ Die Parteien haben also einen starken Anreiz, möglichst weitgehende Aufklärung zu verlangen, um so nicht den späteren Verlust von Beweismitteln zu riskieren.¹⁶ Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass die discovery sich regelmäßig als besonders langwieriger und kostenintensiver Verfahrensabschnitt darstellt.¹⁷

¹⁰ Hazard/Leubsdorff/Bassett, Civil Procedure, S. 352; Posdziech, Discovery und Datenschutzrecht, S. 42.

¹¹ Hazard/Leubsdorff/Bassett, Civil Procedure, S. 352.

¹² Schack, Einführung, S. 45.

¹³ Vgl. zu den dem Gericht zur Verfügung stehenden Sanktionsmöglichkeiten unten, § 2 E.

¹⁴ Vgl. dazu Posdziech, Discovery und Datenschutzrecht, S. 48.

¹⁵ Pfeil-Kammerer, Deutsch-amerikanischer Rechtshilfeverkehr in Zivilsachen, S. 228.

¹⁶ Schack, Einführung, S. 46.

¹⁷ Vgl. unten, § 2 F.

B. Formen

Der Informationsaustausch im Rahmen der discovery vollzieht sich innerhalb der in FRCP 27–37 geregelten Formen. Sie sollen hier kurz skizziert werden.¹⁸

I. Depositions

Depositions sind mündlich erteilte und beeidete Erklärungen einer Auskunftsperson. Im Regelfall werden diese Erklärungen als Antwort auf mündlich gestellte Fragen erteilt, *Depositions by Oral Examination* (FRCP 30).¹⁹ Ausnahmsweise können die entsprechenden Fragen der Auskunftsperson aber auch schriftlich unterbreitet werden, *Depositions by Written Questions* (FRCP 31).²⁰

II. Written Interrogatories

Im Rahmen der *Written Interrogatories* werden gem. FRCP 33 der auskunftspflichtigen Partei Fragen in schriftlicher Form vorgelegt, die diese auch schriftlich beantworten muss.²¹ Soweit zur Beantwortung der *Written Interrogatories* erforderlich, ist die auskunftspflichtige Partei zur Durchführung auch umfangreicher Nachforschungen verpflichtet.²²

III. Physical and Mental Examinations

Die ärztliche oder psychologische Untersuchung einer Partei ist als Mittel der discovery nur zulässig, wenn sie vom Gericht „for good cause“ besonderes angeordnet wird, FRCP 35.²³ In diesem Fall steht der Verwertung der so gewonnenen Erkenntnisse dann aber nicht das ansonsten zu beachtende doctor-patient-privilege²⁴ entgegen, FRCP 35(b)(2).

IV. Requests for Admission

Ein weiteres Mittel der discovery liegt im Request for Admission gem. FRCP 36.²⁵ Dabei handelt es sich um eine Aufforderung an die Gegenpartei, die Richtigkeit bestimmter Tatsachen einzugestehen. Diese Form der discovery

¹⁸ Vgl. ausführlich *Junker*, Discovery, S. 145 ff.

¹⁹ Vgl. zur Praxis der oral depositions aus der Perspektive eines Sachverständigen für das deutsche Recht *Göpfert*, FS Schlosser, S. 215.

²⁰ Die depositions by written questions sind deutlich seltener, vgl. *Junker*, Discovery, S. 163.

²¹ Vgl. eingehend *Junker*, Discovery, S. 175 ff.

²² *Schack*, Einführung, S. 47 f.

²³ *Marcus*, in: Wright/Miller, 8B Fed. Prac. & Proc. Civil, § 2234.1; *Junker*, Discovery, S. 183 ff.; *Posdziech*, Discovery und Datenschutzrecht, S. 45.

²⁴ Vgl. dazu unten, § 2 F.

²⁵ Vgl. dazu *Junker*, Discovery, S. 186 ff.

Sachregister

- Adverse Inference Order 19
Aérospatiale 142, 157
American rule of costs 21
Angetroffensein 25 ff.
Antragsberechtigung 24
Anwendungsvorrang des einfachen Rechts 72 f.
Aufklärungspflicht 125 ff.
Ausforschungsverbot 123 f.
- Beibringungsgrundsatz 108 f.
Betriebs- und Geschäftsgehemnis 16, 78 f.
Beweislast 25, 32, 34, 36, 125, 130 f.
- confidentiality order 16 f., 35
contempt of court 19 f.
- Datenschutz 131 ff.
– deliktsrechtlicher 53 f.
– Grundrecht auf 78, 82 ff.
– und §§ 422, 423 ZPO 63
deposition 10
discovery 7 ff.
document retention *siehe* spoliation
Dombo Beheer 118 ff.
Drittwirkung der Grundrechte 67 ff.
- eDiscovery 12 f., 20 f.
Einheit der Rechtsordnung 50
entry onto land or other property 10
Extraterritorialität 17 ff., 29 f.
- foreign discoverability 28 f.
formelle Wahrheit *siehe* Wahrheitszweck
found 25 ff.
- Geheimverfahren 100 ff.
- Haager Beweisübereinkommen (HBÜ) 141 f., 154 ff.
- in camera*-Verfahren *siehe* Geheimverfahren
initial disclosure 8 f.
Intel v. AMD 24, 27, 28 f., 29 f., 31
interested person 24, 89 f.
- jurisdiction 24 ff.
Justizgewährungsanspruch 92 f.
- Kontostammdatenbeschluss 81 f., 83 f.
Kostenerstattung 21, 36 ff.
lex fori 47 f.
- Lüth*-Urteil 68 f.
- minimum contacts *siehe* found
- nemo contra se edere tenetur* 124 ff.
nuisance value of discovery 21
- Offenkundigkeit 82 ff.
ordre public 39 ff.
- physical and mental examinations 10
Praktische Konkordanz 97 ff.
Privacy Shield 137 f.
privilege 10, 15 f., 36
production of documents 11
protective order 16 f., 140, 147 f.
Prozessökonomie 113 f.
- Recht auf rechtliches Gehör 92 f., 102 ff., 117
Recht auf Beweis 91 ff.
Rechtshilfe 17 ff., 45 f., 141, 154 ff.
Rechtsverweigerungsverbot 72 f., 99

- Rechtswidrig erlangte Beweismittel
52 ff., 61 ff., 66, 111
relevancy 13 f.
requests for admission 10
residence 25
- Sachvortragsverwertungsverbot 161 ff.
Schutzzweck 57, 59 f., 61
Selbständiges Beweisverfahren 88 ff.
Selbstbelastungsfreiheit *siehe nemo
contra se edere tenetur*
Soraya-Beschluss 74
Spoliation 12, 19 f.
Subsidiarität 94 ff.
- Treu und Glauben 57 ff., 60 f.
- Umgehung ausländischen Beweisrechts
32 f.
- Vieraugengespräch 120
Volkszählungsurteil 76 ff., 85 ff., 133
- Waffengleichheit 28 f., 63, 115 ff.
Wahrheitszweck des Zivilprozesses 127 ff.
work product rule 15 f., 35
written interrogatories 10
- Zuständigkeit 24 ff.