

Zweiter Teil – Zugang zu Beweismitteln in fremden Rechtsordnungen

Im ersten Teil wurden die dogmatischen Wurzeln⁹⁷⁷ sowie die verschiedenen Anwendungsgebiete⁹⁷⁸ der Offenlegungsansprüche im deutschen Recht dargestellt. Dabei wurde gezeigt, dass der Zugang zu Beweismitteln im deutschen (und europäischen) Zivil(prozess)recht bislang recht restriktiv behandelt wurde,⁹⁷⁹ mittlerweile aber im Vordringen ist.

Ganz anders stellt sich der Zugang zu Beweismitteln im *common law* dar.⁹⁸⁰ Dort erscheint die Informationsbeschaffung mit Mitteln des Prozessrechts selbstverständlich.⁹⁸¹ Die dort maßgeblichen Instrumente sollen in diesem Teil untersucht werden. Es wurde bereits angemerkt, dass beispielsweise § 33g GWB eine Form der dem deutschen Rechts eigentlich fremden *pre-trial discovery* einführe.⁹⁸² Dieses Instrument des US-amerikanischen Zivilprozessrechts soll zunächst ausführlich dargestellt werden. Ebenso lohnt ein Blick auf das englische und französische Recht, die die europarechtlichen Vorschriften über die Beweismittelfoffenlegung maßgeblich geprägt haben. Dabei sollen insbesondere die in dieser Arbeit zu untersuchenden Probleme ins Auge gefasst werden. Auch in den genannten fremden Rechtsordnungen ist häufig fraglich, welche Beweismittel in welcher Weise vorgelegt werden müssen. Obwohl in der deutschen Literatur zu diesem Themenkreis immer wieder betont wird, dass die Einführung eines etwa der *pre-trial discovery* vergleichbaren Verfahrens nicht beabsichtigt sei,⁹⁸³ scheint eine Untersuchung fremder Rechtsordnungen an dieser Stelle besonders lohnend.

977 S. o. S. 53 ff.

978 S. o. Kapitel 2 (S. 101).

979 Weber, ZJP 131 (2018), 457, 459; Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 165.

980 Diesen Kontrast beschreibt auch Weber, ZJP 131 (2018), 457, 459.

981 Weber, ZJP 131 (2018), 457, 459; Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 3.

982 Ruster, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. G. V. 2. h) (Rn. 94).

983 Althammer, in: FS-Prütting, S. 212; Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 165 m. w. N.; Brandt, Disclosure, S. 41 ff.

Kapitel 3 – Die Offenlegung von Beweismitteln im US-amerikanischen Zivilprozess

In diesem Kapitel soll das System der US-amerikanischen *pre-trial discovery* vorgestellt werden. Dort ist der Zugang zu Beweismitteln besonders ausgeprägt.⁹⁸⁴ Dabei gilt das besondere Augenmerk den Fragen nach dem Umfang der *pre-trial discovery* und wie dieser Umfang beschränkt wird.⁹⁸⁵ Unweigerlich mit diesen Fragen verbunden sind die Probleme, die im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* auftreten.⁹⁸⁶

A. *Pre-trial discovery* im US-amerikanischen Zivilprozess

In den Vereinigten Staaten von Amerika findet der Großteil der zivilprozessualen Tatsachenermittlung schon vor der eigentlichen Gerichtsverhandlung statt. Diese Phase des Zivilprozesses wird *pre-trial discovery* genannt. Bereits in diesem Stadium werden Zeugen befragt, Dokumente eingesehen und Objekte in Augenschein genommen sowie Fragenkataloge an die Gegenpartei formuliert.⁹⁸⁷ Hier soll der Tatsachenstoff möglichst umfassend zusammengetragen werden, so dass die Beweise später im Rahmen einer einheitlichen und ununterbrochenen Hauptverhandlung gewürdigt werden können.⁹⁸⁸ Dabei fällt die Aufgabe der Informationsbeschaffung in erster Linie den Parteien zu, während das Gericht diesen Verfahrensabschnitt nur überwacht.⁹⁸⁹

Die für das Verfahren vor den Bundesgerichten (*federal courts*) maßgeblichen Regeln über die *pre-trial discovery* finden sich in den *Rules 26-37* der *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*.⁹⁹⁰ Die Gerichte der Bundesstaaten

984 Dazu sogl. Kapitel 3 A. (S. 188).

985 Dazu u. Kapitel 3 B. (S. 200) und Kapitel 3 C. (S. 240).

986 Dazu u. Kapitel 3 D. (S. 252) und Kapitel 3 E. (S. 256).

987 Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 3, 12; zu den einzelnen Methoden s. u. Kapitel 3 B. III. (S. 200 ff.).

988 Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 3.

989 Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 11; Junker, Discovery, S. 98.

990 Die teils sehr umfangreichen Regelungen werden an den betreffenden Stellen jeweils auszugsweise wiedergegeben, soweit es die in diesem Zusammenhang behan-

wenden vergleichbare Regeln an.⁹⁹¹ Für die Zwecke dieser Arbeit genügt die Darstellung des Bundesrechts.⁹⁹²

I. Sinn und Zweck der *pre-trial discovery*

Weil die Hauptverhandlung des US-amerikanischen Zivilprozesses an wenigen, schnell aufeinanderfolgenden Terminen stattfinden soll, bleibt den Parteien währenddessen meist keine Zeit, um auf überraschenden Vortrag der Gegenseite zu reagieren.⁹⁹³ Anders als im deutschen Zivilprozess gibt es keine Fortsetzungstermine, die erst Wochen oder Monate später stattfinden. Vor Einführung der *discovery*-Regeln wurde ein Prozess maßgeblich durch überraschendes Verhalten der Rechtsanwälte beherrscht.⁹⁹⁴ Grundlegend ist der Gedanke, jede Partei eines Gerichtsprozesses müsse das Recht haben, alle maßgeblichen Informationen zu kennen, solange diese nicht besonderen Schutzes bedürfen.⁹⁹⁵ Überraschungseffekte sollen so vermieden werden.⁹⁹⁶

Im US-amerikanischen Zivilprozessrecht kommt der Wahrheitsfindung im Einzelfall herausragende Bedeutung zu.⁹⁹⁷ Dieses Ziel könne aber nur erreicht werden, wenn dem Gericht alle relevanten Informationen vorliegen. Deshalb verpflichtet das US-amerikanische Recht die Parteien dazu, der jeweils anderen Partei bereits vor der Hauptverhandlung Einblick in sämtliche fallrelevanten Unterlagen zu gewähren.⁹⁹⁸ Zivilprozesse sollten

delte Materie erfordert. Sie können vollständig unter https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf abgerufen werden (Fassung v. 01.12.2020, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

991 BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 372 (fn. 39) (2021).

992 Vgl. zum Verhältnis zwischen Bundesrecht und dem Recht der einzelnen Staaten 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.04 (December 2022).

993 BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 373 (2021).

994 FRANK, 1965 INS. L.J. 661 (1965); HOLTZOFF, 7 VAND. L. REV. 576 (1954).

995 WRIGHT & KANE, LAW OF FEDERAL COURTS 522 (2016).

996 Schack, US-Zivilprozessrecht, S. 50 (Rn. 112); Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 18.

997 Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 60 m. w., das gesamte *common law* betreffenden, N. in Fn. 71.

998 Brand, NJW 2017, 3558; vgl. den Überblick zum US-amerikanischen Zivilprozess: Schack, US-Zivilprozessrecht, S. 48 ff.; zum englischen Zivilprozess schon Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 17 ff.

nicht länger „im Dunkeln“ verhandelt werden⁹⁹⁹ und es soll nicht die Partei mit der geschickteren Prozesstaktik den Prozess gewinnen. Vielmehr soll einer Partei der streitgegenständliche Anspruch auf Grundlage des gesamten Tatsachenstoffes zugesprochen werden.¹⁰⁰⁰

Allgemeines Ziel der *pre-trial discovery* ist es, Überraschungen zu vermeiden.¹⁰⁰¹ Den Parteien soll früh Klarheit über den Vortrag der jeweils anderen Partei verschafft werden und diese sollen sich ein Bild vom Tatsachenstoff machen können, der später der *jury* präsentiert wird.¹⁰⁰² Den Parteien wird eine solide Tatsachenbasis zur Verfügung gestellt, was zur einer zügigen Erledigung des Streits und einem gerechten Ergebnis führen soll.¹⁰⁰³ In der Hauptverhandlung soll der Tatsachenstoff umfassend und zusammenhängend präsentiert werden können.¹⁰⁰⁴ Außerdem soll durch die frühzeitige Beweisbeschaffung sichergestellt werden, dass Aussagen von Zeugen, die später nicht mehr zur Verfügung stehen, in den Prozess eingeführt werden können.¹⁰⁰⁵ Des Weiteren bezweckt die *pre-trial discovery* die Förderung einer außergerichtlichen oder vorzeitigen Streitbeilegung.¹⁰⁰⁶ Außerdem wird betont, dass so auch öffentliche Interessen gewahrt werden können, nachdem die Durchsetzung von Allgemeinbelangen häufig privaten Klägern überlassen bleibt.¹⁰⁰⁷

Im Rahmen der *pre-trial discovery* werden die Parteien grundsätzlich dazu verpflichtet, dem Gegner all das Tatsachenmaterial zur Verfügung zu stellen, welches er im Laufe des Prozesses benötigen könnte.¹⁰⁰⁸ Wird dieser Pflicht nicht nachgekommen, so können u. a. Fakten als in der Weise festgestellt angesehen werden, wie sie die die Information beherrschende Partei

999 *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 501 (1947).

1000 WRIGHT & KANE, LAW OF FEDERAL COURTS 522 (2016).

1001 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 9.01 (December 2022); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.02 (December 2022).

1002 *New Haven Temple SDA Church v. Consolidated Edison Corp.*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 8220, 16 (S.D.N.Y. June 13, 1995).

1003 *Ragge v. MCA/Universal Studios*, 165 F.R.D. 601, 603 (C.D. Cal. 1995); *Federal Deposit Ins. Corp. v. Cherry, Bekaert & Holland*, 131 F.R.D. 202, 204 (M.D. Fla. 1990); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.02 (December 2022).

1004 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 9.03 (December 2022).

1005 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.02 (December 2022).

1006 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 9.04 [1], § 9.05 (December 2022).

1007 CARRINGTON, 49 ALAB. L. REV. 51, 54 (1997); HIGGINBOTHAM, 49 ALAB. L. REV. 1, 4 (1997); O. V., 74 HARV. L. REV. 940, 944-946 (1961).

1008 S. u. Kapitel 3 B. II. (S 202).

schildert oder Strafmaßnahmen wegen *contempt of court* ergriffen werden (vgl. *FRCP 37(b)*).¹⁰⁰⁹

Erlangt die *pre-trial discovery* somit vorrangig im Rahmen der Tatsachenbeschaffung zur Prozessvorbereitung Bedeutung, kann sie auch noch nach Erlass eines Urteils wichtig werden: Zahlt ein verurteilter Schuldner nach Erlass des Urteils nicht, kann im Wege der *pre-trial discovery* ermittelt werden, ob er ausreichend liquide Mittel oder sonstiges Vermögen zur Verfügung hat, um die Klageforderung zu befriedigen. Anschließend kann der *sheriff* im Zuge der Zwangsvollstreckung (*execution*) auf dieses Vermögen zugreifen. Leistet der Schuldner einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung keine Folge, kann dies zu seiner Inhaftierung wegen Missachtung einer gerichtlichen Anordnung (*contempt of court*) führen.¹⁰¹⁰

II. Entwicklung der Vorschriften über die *pre-trial discovery*

Erste Regeln über die Beweisbeschaffung für einen Zivilprozess formulierte der *Judiciary Act of 1789*.¹⁰¹¹ Dort waren strenge Anforderungen an den Zugang zu Beweismitteln formuliert, sodass diese Vorschriften nur selten Anwendung fanden.¹⁰¹² Die heute maßgebenden Regeln, die zuvor als Richterrecht Anwendung fanden,¹⁰¹³ wurden durch den *Rules Enabling Act of 1934*, der 1938 in Kraft trat, erstmals kodifiziert.¹⁰¹⁴ Auf Grundlage dieser Vorschriften konnten die Prozessparteien umfangreich auf Unterlagen, Zeugenaussagen und Stellungnahmen der jeweils anderen Partei zugreifen (vgl. *FRCP 26(a)* und *(b)*). Danach waren auch Beweisanträge ins Blaue hinein, sogenannte *fishing expeditions*, zulässig, um eine möglichst umfas-

1009 Ausführlich dazu *Adler*, US-discovery und Patentverletzungsprozess, S. 190 ff.; u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261).

1010 BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 388 (2021).

1011 An Act to establish the Judicial Courts of the United States, I Stat. 73 (abrufbar unter <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=196>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1012 O. V., 74 HARV. L. REV. 940, 949 (1961).

1013 Vgl. dazu *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 15.

1014 STEMPER, 62 ALAB. L. REV. 529, 533 (2002); s. zur gesamten Gesetzgebungsgeschichte BURBANK, 130 U. PA. L. REV. 1015 (1982).

sende Sachverhaltsaufklärung zu gewährleisten.¹⁰¹⁵ Es wurde betont, dass Verschwiegenheit und Heimlichthuerei die Geltendmachung in Wahrheit gar nicht bestehender Ansprüche fördern würden.¹⁰¹⁶ Des Öfteren wurde der Vergleich zu Röntgenaufnahmen gezogen, welche es dem Chirurgen erlauben, sich ein klares Bild von einer Verletzung zu verschaffen.¹⁰¹⁷ Die Kodifizierung wurde zunächst durchaus positiv aufgenommen.¹⁰¹⁸ Auch der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten ging in einer – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt – extrem bedeutenden Entscheidung¹⁰¹⁹ zur *pre-trial discovery* davon aus, dass diese auf eine besonders breite und umfangreiche Beweisermittlung angelegt sei:

„[T]he deposition-discovery rules are to be accorded in a broad and liberal treatment. No longer can the time-honored cry of ‘fishing expedition’ serve to preclude a party from inquiring into the facts underlying the opponent’s case. Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation.”¹⁰²⁰

Danach hatte jede Prozesspartei Anspruch auf Zugang zu allen Beweismitteln, Informationen und Unterlagen, selbst wenn sich diese in Händen der gegnerischen Partei befanden, sofern diese nur einen Bezug zum fraglichen Sachverhalt aufwiesen.¹⁰²¹ In der Praxis wurde diesen Vorschriften jedoch mit Zurückhaltung begegnet, so dass das *Advisory Committee*, das mit der

1015 STEMPEL, 62 ALAB. L. REV. 529, 536 (2002); ausf. dazu SUBRIN, 39 B.C. L. REV. 691 (1998).

1016 SUNDERLAND, Foreword to RAGLAND, DISCOVERY BEFORE TRIAL iii (1932): „False and fictitious causes and defenses thrive under a system of concealment and secrecy in the preliminary stages of litigation followed by surprise and confusion at the trial. ... All this is well recognized by the profession, and yet there is a wide-spread fear of liberalizing discovery. Hostility towards ‘fishing expeditions’ before trial is a traditional and powerful taboo.”

1017 SUNDERLAND, 167 ANNALS AM. AC. POL. & SOC. SCI. 60, 76 (1933) („Discovery procedure serves much the same function in the field of law as the X-ray in the field of medicine and surgery; and if its use can be sufficiently extended and its methods simplified, litigation will largely cease to be a game of chance.”); RAGLAND, DISCOVERY BEFORE TRIAL 251 (1932) („The lawyer who does not use discovery procedure is in the position of a physician who treats a serious case without first using the X-ray.”).

1018 O. V., 74 HARV. L. REV. 940, 951 (1961); HOLTZOFF, NEW FEDERAL PROCEDURE AND THE COURTS 70 (1940).

1019 SO STEMPEL, 62 ALAB. L. REV. 529, 539 (2002).

1020 Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 507 (1947).

1021 HOLTZOFF, NEW FEDERAL PROCEDURE AND THE COURTS 70 (1940).

Formulierung der Vorschriften betraut war, klar stellte, dass ein Beweismittel selbst dann für die Sachverhaltsermittlung „relevant“ sein kann, wenn es nicht als solches in den Prozess eingeführt werden kann.¹⁰²²

III. *Pre-trial discovery* in verschiedenen Verfahrensstadien

Wie schon der Name verrät, findet die *pre-trial discovery* vor der Hauptverhandlung, dem *trial* statt. In dieser Phase lassen sich wiederum verschiedene Stadien unterscheiden. Abhängig davon kann sich der Umfang der *pre-trial discovery* unterscheiden. Im Wesentlichen wird zwischen Zeitraum vor Klageerhebung und Zeitraum nach Klageerhebung unterschieden. Abweichendes kann gelten, wenn die *pre-trial discovery* in Verfahren des Eilrechtsschutzes stattfinden soll. Besondere Regeln gelten dann auch nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens, wenn das Urteil in der nächsten Instanz überprüft werden soll (*appeal*).

Vor Klageerhebung können Beweise nach *FRCP* 27 erhoben werden, wenn das zuständige Gericht dem zustimmt. Unmittelbar nach Klageerhebung schreibt *FRCP* 26(a)(1) die sogenannte *initial disclosure* vor, wobei die maßgeblichen Informationen hier ohne weitere Aufforderung der gegnerischen Partei mitzuteilen sind.¹⁰²³ Anschließend sind gemäß *FRCP* 26(b) im Rahmen der eigentlichen *discovery* alle Informationen preiszugeben, die für den Rechtsstreit von Bedeutung sein können.¹⁰²⁴ Außerdem gibt es bestimmte Regeln für die Offenlegung von Beweismitteln in Verfahren des Eilrechtsschutzes oder in Rechtsmittelverfahren, die sich hinsichtlich des Inhalts der Offenlegungspflicht jedoch nicht von der *pre-trial discovery* im Hauptsacheverfahren des ersten Rechtszugs unterscheiden.¹⁰²⁵

1022 Die Vorschrift wurde daher um die Formulierung „[i]t is not ground for objection that the testimony will be inadmissible at the trial if the testimony sought appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.“ ergänzt, vgl. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.App.02[2](b) (December 2022), wo die entsprechende Begründung wiedergegeben wird.

1023 S. dazu u. Kapitel 3 A. III. 3. a) (S. 197).

1024 Zum Umfang dieser Offenlegungspflicht s. u. Kapitel 3 B. II. (S. 202); zu der Einschränkung, dass die fragliche Information von Bedeutung für den Rechtsstreit sein muss s. u. Kapitel 3 C. I. (S. 242).

1025 Daher wird zu diesen Besonderheiten i. R. d. Arbeit nicht weiter ausgeführt. S. aber zur Informationsbeschaffung in Verfahren des Eilrechtsschutzes 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 11 (December 2022) und zur *pre-trial discovery* im Rechts-

1. *Informal discovery*

Unabhängig vom Verfahrensstadium sind bestimmte Nachforschungen zur Prozessvorbereitung ohne gesetzliche Grundlage zulässig.¹⁰²⁶ Dies wird gemeinhin als *informal discovery* bezeichnet.¹⁰²⁷ Dabei können die Parteien versuchen, für den Fall relevante Tatsachen beispielsweise durch Telefonanrufe oder persönliche Gespräche aber auch durch Nachforschungen in öffentlichen Registern in Erfahrung zu bringen. Die Beweissicherung durch Anfertigung von Fotografien oder die Inbesitznahme wichtiger Gegenstände gehört ebenso hierher, wie die Inanspruchnahme der Dienste eines Privatdetektivs.¹⁰²⁸

Dabei ergeben sich verschiedene Vorteile: Informationen sind der Partei typischerweise früher als der gegnerischen Partei bekannt und diese weiß unter Umständen nicht einmal, auf welche Quellen zur Informationsbeschaffung zugegriffen wurde. So kann sehr früh entschieden werden, ob eine außergerichtliche Streitbeilegung sinnvoll erscheint, weil die Erfolgsaussichten des Falls schon früh beurteilt werden können.¹⁰²⁹ Außerdem können so die Kosten der später erforderlichen vorschriftsgemäßen *discovery* gesenkt werden.¹⁰³⁰ Allerdings sind die befragten Personen nicht verpflichtet, einer Partei weiter zu helfen und dieses Vorgehen verleitet in besonderer Weise zur Zeugenbeeinflussung.¹⁰³¹ Außerdem besteht die Gefahr, unbewusst einem Interessenkonflikt zu begegnen.¹⁰³²

mittelverfahren *FRCP 27(b)* mit der Kommentierung bei 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.30-36 (December 2022).

1026 Gleichwohl gilt es zu beachten, dass die in *FRCP 27* formulierten Anforderungen an die Beweissicherung vor Klageerhebung nicht umgangen werden, vgl. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.04 (December 2022).

1027 *Arons v. Jutkowitz*, 880 N.E.2d 831, 836 (N.Y. 2007); ausf. dazu s. IMWINKELRIED & BLUMOFF, PRETRIAL DISCOVERY – STRATEGY AND TACTICS, Chapter 4 – Informal Discovery (2019).

1028 Vgl. dazu ausf. CUSTIS, LITIGATION MANAGEMENT HANDBOOK § 1.34 (December 2022).

1029 CUSTIS, LITIGATION MANAGEMENT HANDBOOK § 1.34 (December 2022).

1030 *Trans-World Invs. v. Drobný*, 554 P.2d 1148 (Alaska 1976); *Samms v. District Court*, 908 P.2d 520 (Colorado 1995); *Green v. Bloodsworth*, 501 A.2d 1257 (Del. Super. Ct. 1985).

1031 CUSTIS, LITIGATION MANAGEMENT HANDBOOK § 1.34 (December 2022).

1032 Vgl. z. B. *Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Superior Court of Alameda County*, 123 Cal. App. 3d 840 (1981), wonach Angestellte des Gegners nicht an ihrem Arbeitsplatz befragt werden dürfen; auch *G-I Holdings v. Baron & Budd*, 199 F.R.D. 529 (S.D.N.Y. 2001), wo ehemalige Angestellte nicht befragt werden durften, weil die Gefahr bestand, dass geheime Gespräche offengelegt würden.

2. Pre-trial discovery vor Klageerhebung

FRCP 27(a) stellt ein Instrument zur Verfügung, das es dem Antragsteller erlaubt, schon vor Klageerhebung die Sicherung bestimmter Beweismittel zu erreichen, wenn die Gefahr besteht, dass diese in der Hauptverhandlung nicht mehr zur Verfügung stehen werden. Es handelt sich dabei um ein hilfsweises Verfahren, das die gerechte Durchführung der Hauptverhandlung sicherstellen soll. Sobald die Klage dann erhoben wird, greifen die allgemeinen Regeln über die *pre-trial discovery*.¹⁰³³

Der Antragsteller muss zunächst vortragen, es sei denkbar, dass er Beteiligter eines Prozesses werden könnte, wobei er die Klage derzeit noch nicht erheben kann und auch nicht darauf hinwirken kann, dass die Klage erhoben wird.¹⁰³⁴ Dabei muss er den der Klage zugrundeliegenden Sachverhalt einschließlich der zu erwartenden weiteren Beteiligten sowie sein Interesse an diesem Prozess beschreiben. Weiterhin muss er vortragen, welche Tatsachen er mit den festzuhaltenden Zeugenaussagen beweisen will und welche Rolle diese für den zu erwartenden Prozess spielen. Schließlich muss er erläutern, weshalb das frühzeitige Festhalten der Zeugenaussage notwendig erscheint.¹⁰³⁵

Liegen diese Voraussetzungen vor, erlässt das Gericht eine Verfügung, die dem Antragsteller die Vernehmung bestimmter Personen gestattet. Dabei wird das Beweisthema und die Art der Vernehmung, also ob sie mündlich oder schriftlich erfolgen soll, festgelegt.¹⁰³⁶ FRCP 27(a)(3) erweitert den Anwendungsbereich der Vorschrift unter Verweis auf FRCP 34 und FRCP 35, sodass in gleicher Weise auch die Sicherstellung von Unterlagen, elektronisch gespeicherten Dateien und anderen Augenscheinsobjekten erreicht werden kann. Außerdem kann angeordnet werden, dass ein Grundstück zu Zwecken der Beweissicherung betreten werden darf.¹⁰³⁷ Dieses Vorgehen muss nicht im Zusammenhang mit einer Zeugenbefragung stehen.¹⁰³⁸ Während dieses Verfahren an strengere Voraussetzungen geknüpft

1033 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.02 (December 2022).

1034 Zu den Anforderungen an die Antragsschrift im Einzelnen s. auch 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.11 (December 2022).

1035 *Z. B. Calderon v. United States Dist. Court, N.D. Cal.*, 144 F.3d 618, 621 (9th Cir. 1998); *Penn Mut. Life Ins. Co. v. U.S.*, 68 F.3d 1371, 1373 (D.C. 1995); ausf. z. Ganzen 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.13 (December 2022).

1036 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.14 [2] (December 2022).

1037 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.14 [2] (December 2022).

1038 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.12 (December 2022).

ist, unterscheidet es sich inhaltlich nicht von der *pre-trial discovery* nach Klageerhebung.¹⁰³⁹ Es fällt aber auf, dass die Gerichte dies nie unter Verweis auf *FRCP* 26 ausdrücklich feststellen,¹⁰⁴⁰ sondern das Beweisthema für jeden Einzelfall genau bestimmen und so den Umfang der Beweissicherung gemäß *FRCP* 27(a) beschränken, indem gefragt wird, welche Rolle das fragliche Beweismittel für die Hauptverhandlung spielen wird und ob es geeignet ist, die fragliche Tatsachen auch zu beweisen.¹⁰⁴¹ Eine entsprechende Verfügung steht einer Klage, mit der die Herausgabe von Beweismitteln gesondert erreicht werden soll, nicht im Wege (*FRCP* 27(c)). Die Verfügung kann von dem jeweils zuständigen Rechtsmittelgericht überprüft werden.¹⁰⁴²

3. *Required disclosures* nach Klageerhebung

Sobald die Klage dann erhoben wurde, regelt *FRCP* 26(a) den Ablauf der eigentlichen *pre-trial discovery*. Unter der Überschrift *required disclosures* gewährt die Vorschrift in ihren Unterabsätzen (1) bis (3) den Zugang zu unterschiedlichen Informationen (auch *initial disclosure*).¹⁰⁴³ Gemäß Unterabsatz (1) müssen im Rahmen der *initial disclosure* grundlegende Informationen zu dem Fall mitgeteilt werden. Unterabsatz (2) betrifft die *expert witness disclosure*, wonach Einzelheiten zu den Sachverständigen, die eine Partei in der Hauptverhandlung zu laden beabsichtigt, mitgeteilt werden müssen. Schließlich muss die andere Partei im Rahmen der *required disclosures* gemäß Unterabsatz (3) vor Beginn der Hauptverhandlung darüber informiert werden, welche Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet werden sollen. An dieser Stelle wird der Grundsatz des US-amerikanischen Zivilprozesses, dass die Wahrheit bestmöglich im Wege konkurrierenden

1039 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.16 (December 2022).

1040 Z. B. *In re Hopson Marine Transp.*, 168 F.R.D. 560, 565 (E.D. La. 1996) (“As the courts that have already considered the issue have noted, a materiality and competency requirement under Rule 27 makes sense in light of the Advisory Committee’s notes, which suggest that the Rule was designed to conform with the then-existing equity practice concerning bills to perpetuate testimony and modern statutes.”).

1041 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.16 (December 2022); dazu sogl. Kapitel 3 A. III. 3. (S. 196).

1042 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 27.15 (December 2022).

1043 WRIGHT & KANE, LAW OF FEDERAL COURTS 549 (2016), die anschaulich von „three waves of disclosures“ sprechen.; 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.21 (December 2022).

Parteivortrages (*adversary system*) ermittelt wird, nicht mehr streng angewandt. Vielmehr wird das *adversary system* darauf reduziert, dass über die zu Tage geförderten Tatsachen gestritten wird, wodurch es gestärkt werden soll.¹⁰⁴⁴ Allerdings wurde schon früh darauf hingewiesen, dass eine derart automatisierte Pflicht zur Beweismittelvorlage nicht nur Vorteile mit sich bringen würde. Vielmehr würde es gerade mittellosen Prozessbeteiligten erheblich erschwert, eine gerechte Entscheidung vor Gericht zu erreichen.¹⁰⁴⁵

a) *Initial disclosure*

Die *Federal Rules of Civil Procedure* und damit auch die Vorschriften über die *pre-trial discovery* wurden durch den *Rules Enabling Act of 1934* kodifiziert.¹⁰⁴⁶ Dabei stand ursprünglich noch das Gericht im Zentrum des *discovery*-Verfahrens; es war seine Aufgabe, darauf zu achten, dass die *pre-trial discovery* vorschriftsgemäß durchgeführt wurde. Das führte zu einer erheblichen Belastung der Richter. Die Vorschriften wurden daher so geändert, dass die *pre-trial discovery* heute vor allem von den Prozessanwälten betrieben wird und dem Gericht nur noch eine überwachende Rolle zukommt.¹⁰⁴⁷ Mit der Änderung der Vorschriften im Jahr 1993,¹⁰⁴⁸ wurden in *FRCP 26(a)(1)* auch die *initial disclosures* eingeführt.¹⁰⁴⁹

Gemäß *FRCP 26(a)(1)* muss jede Partei ihrem Gegner ohne Weiteres mitteilen, welche Personen Informationen zu den streitigen Tatsachen haben könnten (*FRCP 26(a)(1)(i)*). Außerdem muss Zugang zu Dokumenten, elektronisch gespeicherten Daten und Augenscheinsobjekten, die mit Blick auf die streitigen Tatsachen relevant sein könnten, gewährt werden. Wo möglich, kann dies durch Übermittlung einer Kopie geschehen, andernfalls genügt auch die Mitteilung des Ortes dieser Gegenstände (*FRCP 26(a)(1)(ii)*). Wird Schadensersatz verlangt, muss dargestellt werden, wie der Schaden berechnet wurde (*FRCP(a)(1)(iii)*). Sofern auch eine Versicherung an

1044 WOLFSON, 36 CLEV. ST. L. REV 17, 64 (1988).

1045 HENCH, 67 TEMP. L. REV. 180, 182 (1994).

1046 Dazu STEMPEL, 62 ALAB. L. REV. 529, 533 (2002); allgemein BURBANK, 130 U. PA. L. REV. 1015 (1982).

1047 BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 372 (2021).

1048 Zu den Meinungsverschiedenheiten, die diese Änderungen betrafen s. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.28 (December 2022).

1049 STEMPEL, 62 ALAB. L. REV. 529, 533 (2002).

dem Rechtsstreit beteiligt sein könnte, sind auch diesbezüglich alle notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen (*FRCP(a)(1)(iv)*).

Die zur Offenlegung verpflichtete Partei muss dabei alle ihr zumutbaren Anstrengungen unternehmen, die erforderlich sind, um an die jeweiligen Informationen zu gelangen. Das heißt aber nicht, dass die Partei schon in dieser Phase den Tatsachenstoff eingehend sichten muss.¹⁰⁵⁰ Im Zusammenspiel mit *FRCP 26(g)(1)* wird deutlich, dass es genügt, wenn im Rahmen der *initial disclosure* offengelegt wird, was der Partei bekannt ist oder was ihr bekannt sein müsste.¹⁰⁵¹ Verstößt eine Partei gegen diese Vorschriften, ergeben sich Sanktionen aus *FRCP 37(c)(1)*.¹⁰⁵²

b) *Disclosure of expert testimony*

Außerdem muss eine Partei offenlegen, welche „*expert witnesses*“ sie im Hauptverfahren zu befragen gedenkt, welches Gutachten diese erstatten werden und auf welcher Grundlage dieses Gutachten gefertigt wurde (*FRCP 26(a)(2)*). Der Begriff „*expert witness*“ nimmt dabei Bezug auf Personen, die gemäß *Rule 702* der *Federal Rules of Evidence (FRE)* aussagen sollen. Es handelt sich um den Sachverständigenbeweis. Diese Informationen müssen typischerweise spätestens neunzig Tage vor Beginn der Hauptverhandlung bereitgestellt werden (*FRCP 26(a)(2)(D)(i)*). Der gegnerischen Partei soll so ausreichend Gelegenheit gegeben werden, den Sachverständigen im Rahmen eines Kreuzverhörs eingehend zu befragen und, falls nötig, eigene Sachverständige heranzuziehen.¹⁰⁵³ Dass in dieser frühen Phase schon das Gutachten mitgeteilt werden muss,¹⁰⁵⁴ ist wiederum dem der *pre-trial discovery* übergeordneten Zweck, Überraschungen zu vermeiden, geschuldet.¹⁰⁵⁵ Es soll zulässig sein, dass der Prozessanwalt dem Sachverständigen bei der Erstellung des Gutachtens zur Hand geht.¹⁰⁵⁶

1050 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.22 [1][b] (December 2022).

1051 *Lintz v. American Gen. Fin., Inc.*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 12572, at 4-5 (D. Kan. Aug. 2, 1999).

1052 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.27 (December 2022).; s. zu den Sanktionen u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261).

1053 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.23 [1] (December 2022), mit der wörtlich wiedergegeben Gesetzesbegründung in § 26App.09[2].

1054 Dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.23 [2][b][i] (December 2022).

1055 *Heller v. Dist. of Columbia*, 801 F.3d 264, 270 (D.C. Cir. 2015).

1056 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.23 [5] (December 2022).

c) *Pretrial disclosure*

Schließlich muss jede Partei der jeweils anderen Partei spätestens dreißig Tage vor Prozessbeginn (*FRCP 26(a)(3)(B)*) ohne Aufforderung mitteilen, welche Beweismittel sie in die Hauptverhandlung einführen will (*FRCP 26(a)(3)(A)*).¹⁰⁵⁷ Das gilt nicht für Beweismittel, die nur dazu dienen sollen, die Beweisführung der anderen Partei zu erschüttern (*impeachment evidence*),¹⁰⁵⁸ weil hier ein Überraschungseffekt gerade gewünscht ist.¹⁰⁵⁹ Allerdings ist umstritten, welche Beweismittel als *impeachment evidence* anzusehen sind.¹⁰⁶⁰

Es müssen Namen, Adresse und Telefonnummer eines jeden Zeugen mitgeteilt werden. Wichtig ist, dass jeder Zeuge aufgelistet wird, weil *FRCP 37(c)(1)* vorsieht, dass nur die hier mitgeteilten Zeugen auch im Prozess aufgerufen werden können.¹⁰⁶¹ Es muss außerdem mitgeteilt werden, wenn nur eine schon durchgeführte Zeugenvernehmung (*deposition*) in den Prozess eingeführt werden soll. Dabei muss auch eine Mitschrift der Vernehmung zur Verfügung gestellt werden (*FRCP 26(a)(3)(A)(ii)*). Sodann müssen Dokumente und Beweismittel benannt werden. Diese Informationen müssen schriftlich zusammengestellt, unterschrieben und der anderen Partei zugestellt werden. Außerdem müssen sie auch dem Gericht zur Verfügung gestellt werden.

4. Pflicht zur Korrektur unvollständiger oder unzutreffender Informationen

Gemäß *FRCP 26(e)(1)(A)* ist eine Partei über die in *FRCP 26(a)* vorgesehenen *required disclosures* hinaus zur Offenlegung von Beweismitteln verpflichtet, wenn ihr später bekannt wird, dass die mitgeteilten Informationen unvollständig oder unzutreffend sind, solange der gegnerischen Partei die zutreffenden Informationen nicht schon anderweitig bekannt geworden

1057 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.24 [1] (December 2022).

1058 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.24 [1] (December 2022).

1059 *Bearint ex rel. Bearint v. Dorel Juvenile Group, Inc.*, 389 F.3d 1339, 1353 (11th Cir. 2004); *DeBiasio v. Illinois Cent. R.R.*, 52 F.3d 678, 686 (7th Cir. 1995); *Ford v. CSX Transp., Inc.*, 162 F.R.D. 108, 111 (E.D.N.C. 1995).

1060 S. dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.24 [1] (December 2022).

1061 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.24 [2][a] (December 2022).

sind.¹⁰⁶² Verstößt eine Partei gegen diese Vorgaben, so kann dies gemäß FRCP 37(c) sanktioniert werden.¹⁰⁶³

5. Über die *required disclosures* hinausgehende *pre-trial discovery*

Üblicherweise müssen die im Rahmen der *initial disclosure* mitzuteilenden Informationen spätestens 14 Tage nach der *pre-trial conference* an die andere Partei übermittelt worden sein. Erst anschließend wird in die hauptsächlich von den Parteien betriebene *pre-trial discovery* eingetreten. Jede Partei kann Zugang zu Informationen verlangen, die über die *required disclosures* hinaus gehen. Dazu formuliert jede Partei eine Anfrage (*discovery request*). Diese muss der Person, die sich im Besitz des fraglichen Beweismittels befindet oder die Auskunft über die fragliche Information erteilen kann, zugestellt werden. Die Anforderungen an den Inhalt dieser Anfrage unterscheiden sich abhängig vom einschlägigen Beweismittel und werden daher dort dargestellt, wo die einzelnen Methoden der *pre-trial discovery* erläutert werden.¹⁰⁶⁴ Die Anfrage muss, ebenso wie die Antwort darauf, von der Partei oder ihrem Prozessvertreter unterzeichnet werden und dessen Kontaktdaten erkennen lassen (FRCP 26(g)(1)). Wird einer entsprechenden Anfrage nicht Folge geleistet, kann das Prozessgericht zur Durchsetzung der *pre-trial discovery* angerufen werden (FRCP 26(g)(3) i. V. m. FRCP 37).¹⁰⁶⁵

B. Umfang und Methoden der *pre-trial discovery*

Im Zentrum dieser Arbeit steht die Frage nach der Erfüllung von Offenlegungsansprüchen. Parallel dazu stellt sich im US-amerikanischen Zivilprozess die Frage nach dem Umfang von Instrumenten, die auf die eine oder andere Weise Zugang zu Beweismitteln gewähren. Nachdem bereits

1062 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.131 (December 2022).

1063 S. dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.132 (December 2022); *Laboratory Skin Care, Inc. v. Limited Brands, Inc.*, 661 F. Supp. 2d 473, 476 f. (D. Del. 2009).

1064 S. sogl. Kapitel 3 B. III. (S. 204 ff.).

1065 Beispiele für solche *discovery motions* finden sich im „*Discovery Motions Resource Kit (Federal)*“ des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter <https://advance.lexis.com/practice-advisor-home>, dort unter „Tools & Resources“ – „Resource Kits“, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

kurz dargestellt wurde, in welchem Zusammenhang das US-amerikanische Zivilprozessrecht den Zugang zu Beweismitteln gewährt, folgen nun Ausführungen zum Umfang der *pre-trial discovery*.

I. Der Umfang der *pre-trial discovery* im Wandel der Zeit¹⁰⁶⁶

Auch wenn *FRCP* 26(a) in ihrer ersten Fassung nur *depositions*¹⁰⁶⁷ zum Gegenstand hatte, lassen sich schon aus dieser Fassung Grundsätze für die Frage nach dem Umfang der *pre-trial discovery* ableiten.¹⁰⁶⁸ Es wurde bereits dargestellt, dass die *pre-trial discovery* zu diesem Zeitpunkt sehr weit konzipiert war.¹⁰⁶⁹ Diese großzügige Sichtweise etablierte sich dann auch in der Rechtsprechung der 1950er- und 1960er-Jahre und führte dazu, dass die *pre-trial discovery* auch heute noch sehr weit gefasst ist.¹⁰⁷⁰

Anpassungen erfuhren die Vorschriften über die *pre-trial discovery* erneut in den 1970er-Jahren. Der Zugriff auf Beweismittel wurde noch einmal erweitert. Es konnte nunmehr auf Versicherungspoliceen zugegriffen werden und die Vorlage von Dokumenten auch dann verlangt werden, wenn eine Partei dafür keinen wichtigen Grund (*good cause*) hat. Eine Vorschrift über den Sachverständigenbeweis wurde ebenso eingeführt, wie eine Regelung für den Fall, dass sich eine Partei der Sachverhaltsaufklärung im Wege der *pre-trial discovery* widersetzt.¹⁰⁷¹

Dieser Trend setzte sich anschließend nicht mehr fort. Spätestens in den 1980er-Jahren verstärkten sich Bestrebungen, den weiten Umfang der *pre-trial discovery* wieder einzuschränken. Rechtsanwälte mussten versichern, dass alle *discovery*-Verlangen gerechtfertigt waren und es wurde die obligatorische *discovery conference* eingeführt (*FRCP* 26(f)).¹⁰⁷² Den Richtern wurde die engmaschigere Überwachung des *discovery*-Verfahrens aufgegeben.¹⁰⁷³ Gleichwohl wurden diese Beschränkungen für unzureichend erach-

1066 Ausf. dazu o. V., 74 HARV. L. REV. 940 (1961); MILLER, 105 HARV. L. REV. 427, 427-463 (2002).

1067 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205).

1068 STEMPEL, 62 ALAB. L. REV. 529, 538 (2002).

1069 S. o. Kapitel 3 A. II. (S. 191).

1070 STEMPEL, 62 ALAB. L. REV. 529, 539, 541 (2002).

1071 Zum Ganzen STEMPEL, 62 ALAB. L. REV. 529, 541 (2002); zu den einzelnen Regelungen vgl. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26. App.05 (December 2022).

1072 S. dazu 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 10.31 (December 2022); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.140-146 (December 2022).

1073 Zum Ganzen STEMPEL, 62 ALAB. L. REV. 529, 544 (2002).

ten.¹⁰⁷⁴ Daher wurden in der Folge weitere Anforderungen an die *pre-trial discovery* gestellt, ohne aber ihren Umfang an sich zu beschränken.¹⁰⁷⁵

Das änderte sich mit der Gesetzesreform aus dem Jahr 1993. Erst damit wurden die *required disclosures*¹⁰⁷⁶ eingeführt. Außerdem wurde die *pre-trial discovery* damit inhaltlich beschränkt, indem etwa die Zahl der *interrogatories* auf 25 und die der *depositions* auf zehn beschränkt wurde. Allerdings konnte das Gericht auf Antrag weitere Befragungen genehmigen.¹⁰⁷⁷ Diese Bestrebungen setzten sich fort, als im Jahr 2000 die *disclosure* grundsätzlich ausgedehnt, der Zeitumfang der *depositions* jedoch auf sieben Stunden beschränkt wurde. Vor allem aber wurde in diesem Zug *FRCP 26(b)(1)* so geändert, dass die *pre-trial discovery* nun nicht mehr alles erfasst, „was für den Rechtsstreit von Bedeutung sein kann“, sondern nur noch Beweismittel, die Bedeutung für einen „Anspruch oder ein Verteidigungsmittel“ haben können.¹⁰⁷⁸ Insgesamt vertraut das der *pre-trial discovery* zugrundeliegende Konzept gleichwohl auf die Kooperation der Parteien, weshalb nahezu das gesamte außerhalb der Hauptverhandlung stattfindende Verfahren Parteivereinbarungen (*stipulations*) zugänglich ist (*FRCP 29*).¹⁰⁷⁹

II. Der Umfang der *pre-trial discovery* nach geltendem Recht

FRCP 26(b)(1) als Ausgangspunkt der Vorschriften über den Gegenstand der *pre-trial discovery* ist sodann denkbar umfassend formuliert:¹⁰⁸⁰

1074 Justice Lewis F. Powell jr. führt dazu in den *Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, 85 F.R.D. 521, 523 (1980) aus: „I simply believe that Congress' acceptance of these tinkering changes will delay for years the adoption of genuinely effective reforms.“

1075 STEMPER, 62 ALAB. L. REV. 529, 545 (2002).

1076 S. o. Kapitel 3 A. III. 3. (S. 196).

1077 STEMPER, 62 ALAB. L. REV. 529, 549 (2002).

1078 Vgl. STEMPER, 62 ALAB. L. REV. 529, 550-551 (2002); zu dieser Einschränkung dann auch Kapitel 3 C. I. (S. 242).

1079 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 29 (December 2022).

1080 WRIGHT & KANE, LAW OF FEDERAL COURTS 526 (2016); Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 11; BORN & WESTIN, INTERNATIONAL CIVIL LITIGATION IN UNITED STATES COURTS – COMMENTARY AND MATERIALS 262 (1990); Junker, Discovery, S. 117 ff.

FRCP 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing

Discovery

[...]

(b) Discovery Scope and Limits.

- (1) *Scope in General.* Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit.
[...]

FRCP 26 bestimmt, welche Informationen und Objekte der pre-trial discovery unterfallen und strahlt auf alle anderen Regelungen in diesem Abschnitt der Federal Rules of Civil Procedure aus.¹⁰⁸¹ Gegenstand der pre-trial discovery sind danach alle Beweismittel,¹⁰⁸² die für die Geltendmachung eines Anspruchs oder die Verteidigung einer Partei von Bedeutung sind,¹⁰⁸³ solange dies verhältnismäßig erscheint¹⁰⁸⁴ und die Beweismittel nicht durch Anordnung des Gerichts¹⁰⁸⁵ von der discovery ausgenommen oder von Gesetzes wegen besonders geschützt¹⁰⁸⁶ sind.¹⁰⁸⁷ Der pre-trial discovery unterfällt alles, was nicht ausdrücklich davon ausgenommen ist.¹⁰⁸⁸ Sie ist besonders umfangreich, weil sie sich auf alle Zivilprozesse, auf alle Parteien

1081 Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 12.

1082 Zu den einzelnen Beweismitteln sogleich Kapitel 3 B. III. (S. 200).

1083 Dazu u. Kapitel 3 C. I. (S. 242).

1084 Dazu u. Kapitel 3 C. II. (S. 245).

1085 Dazu u. Kapitel 3 E. I. (S. 256).

1086 Dazu u. Kapitel 3 C. III. (S. 246).

1087 S. auch Junker, Discovery, S. 117 ff.

1088 *Independent Productions Corp. v. Loew's*, 22 F.R.D. 266, 271 (1958) ("Under this rule, the courts have permitted broad discovery. Any question that is in any way relevant to the subject-matter of the litigation is proper."); Junker, Discovery, S. 117; WHITE, 48 U. CHI. L. REV. 158, 159 (1981) („So vast is the range of relevance that it has been couched in the negative: discovery will be allowed unless the information sought is clearly irrelevant.“).

(und Dritte) und auf alle Informationen erstreckt.¹⁰⁸⁹ Ihre große Reichweite wird mit Verweis auf ihren Sinn und Zweck begründet.¹⁰⁹⁰ Die Parteien sollen in der Hauptverhandlung nicht durch neue Beweisangebote überrascht werden. So sollen gerechte Ergebnisse erzielt und die Prozessökonomie gewährleistet werden.¹⁰⁹¹ An dieser Stelle kann zunächst festgehalten werden, dass die *pre-trial discovery* alle Beweismittel, die für den Rechtsstreit von Bedeutung sein können, erfasst. Die Prozessparteien haben grundsätzlich all diese Beweismittel bereit zu stellen und müssen diese auch schon vor Prozessbeginn benennen (vgl. *FRCP* 26(a)).¹⁰⁹²

III. Methoden der *pre-trial discovery*

Unabhängig vom Verfahrensstadium sehen die Regeln über die *pre-trial discovery* fünf unterschiedliche Methoden der Beweisermittlung vor. Grundsätzlich können so Informationen erlangt werden, die sich in den Händen der jeweils anderen Prozesspartei befinden.¹⁰⁹³ Auf der Grundlage der *Federal Rules of Civil Procedure* können darüber hinaus auch Personen, die nicht unmittelbar am Prozess beteiligt sind, den Vorschriften über die *pre-trial discovery* unterfallen (*FRCP* 26(c)(2): „...the court may, on just terms, order that any party or person provide or permit discovery“).¹⁰⁹⁴

Das die einzelnen *pre-trial discovery*-Behelfe betreffende Verfahren ist in *FRCP* 30-36 geregelt. *FRCP* 30 regelt die mündliche Zeugenvernehmung (*depositions by oral examinations*), während *FRCP* 31 *FRCP* die schriftliche Zeugenvernehmung (*deposition by written questions*) zum Gegenstand hat. *FRCP* 32 trifft Bestimmungen über die Verwertbarkeit dieser *depositions* im Prozess. Diese Vorschriften regeln auch, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Aussagen von Sachverständigen in der Hauptverhandlung berücksichtigt werden können.¹⁰⁹⁵ *FRCP* 33 regelt die schriftliche

1089 Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 11 f; Schack, US-Zivilprozessrecht, S. 50 (Rn. 111).

1090 S. dazu o. Kapitel 3 A. I. (S. 189).

1091 Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 13 (Fn. 49 m. w. N.).

1092 S. auch Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 33.

1093 BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 373 ff. (2021).

1094 O. V., 74 HARV. L. REV. 940, 1020 (1961).

1095 Dazu sogl. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205).

Parteivernehmung durch *written interrogatories*.¹⁰⁹⁶ FRCP 34 trifft Bestimmungen über die Beschaffung von Dokumenten, elektronisch gespeicherten Daten und anderen Gegenständen sowie den Zugang zu Grundstücken (*producing documents, electronically stored information, and tangible things, or entering onto land, for inspection and other purposes*).¹⁰⁹⁷ FRCP 35 regelt die körperliche und geistige Untersuchung einer Person (*physical and mental examinations*).¹⁰⁹⁸ FRCP 36 gewährt schließlich die Möglichkeit, ein Geständnis herbeizuführen (*request for admission*).¹⁰⁹⁹

Insgesamt ist den Parteien zur Gestaltung der *pre-trial discovery* ein großer Gestaltungsspielraum eingeräumt, wobei FRCP 26(f) zunächst die Durchführung einer *pre-trial conference* vorschreibt. In diesem Rahmen sollen die Parteien versuchen, Streitpunkte im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* untereinander zu klären. Dazu können verschiedene Parteivereinbarungen (*stipulations*) getroffen werden, die sodann von den Parteien bei der Durchführung der *pre-trial discovery* zu beachten sind (FRCP 29).

1. Anhörung von Parteien, Zeugen und Sachverständigen (*depositions*)

Als *deposition* wird die außergerichtliche Zeugenvernehmung bezeichnet, die von einem *court reporter* schriftlich festgehalten wird.¹¹⁰⁰ Dieser Vorgang wird auch als *examination before trial* bezeichnet. Außerdem wird das vom *court reporter* angefertigte Transkript dieser Vernehmung als *deposition* bezeichnet.¹¹⁰¹ Teilweise werden „*discovery depositions*“ von „*de bene esse depositions*“ (oder „*trial depositions*“) unterschieden. *Discovery depositions* werden dabei von der beweisbelasteten Partei angestrengt, um

1096 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 2. (S. 215).

1097 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 3. (S. 223).

1098 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 4. (S. 236).

1099 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 5. (S. 239).

1100 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.02 (December 2022); *Windsor Shirt Co. v. New Jersey Nat'l Bank*, 793 F. Supp. 589, 606 (E.D. Pa. 1992) („*A deposition is a record of testimony taken outside of the courtroom that has been certified in conformity with the Federal Rules of Civil Procedure so that a jury can regard it as equivalent to testimony delivered inside the courtroom under oath.*“); umfangreiche Materialien zum Ablauf und zur Vorbereitung einer *deposition* finden sich im „*Deposition Resource Kit (Federal)*“ des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter <https://advance.lexis.com/practice-advisor-home>, dort unter „Tools & Resources“ – „Resource Kits“, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1101 BLACK'S LAW DICTIONARY, *deposition* (2019).

sich Gewissheit über den Sachverhalt zu verschaffen, während *de bene esse depositions*, dazu dienen, eine Aussage festzuhalten, wenn bereits feststeht, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht aussagen können wird.¹¹⁰² Das Verfahren ist umfassend in *FRCP 30* geregelt.¹¹⁰³

Depositions sind das am häufigsten genutzte *discovery*-Instrument.¹¹⁰⁴ Den Parteien wird ein Fragerecht eingeräumt, das jede Person, die Kenntnis von für den Fall bedeutsamen Umständen hat, erfasst. Diese Person muss ihre Aussage unter Umständen schon in diesem Stadium beedigen.¹¹⁰⁵ So soll festgehalten werden, was ein Zeuge wahrgenommen hat oder diesem in Bezug auf den konkreten Fall bekannt geworden ist.¹¹⁰⁶ Dieser Mechanismus wird zwar gemeinhin begrüßt,¹¹⁰⁷ jedoch wird teilweise auch am Sinn dieser Zeugenbefragungen gezweifelt.¹¹⁰⁸ Die im Rahmen der *depositions* gewonnenen Informationen sind besonders wertvoll, weil sie es einer Partei erlauben, den Fall aus allen Blickwinkeln zu betrachten und so unerwarteten Wendungen besonders sicher vorbeugen.

Obwohl die Niederschrift an Stelle einer beeideten Zeugenaussage in der Hauptverhandlung verwendet werden kann, erlangen die *depositions* ihre herausragende Bedeutung bereits im vorprozessualen Stadium. Sie werden meist eingesetzt, um Informationen zu sammeln und die Hauptverhandlung vorzubereiten.¹¹⁰⁹ Steht danach fest, dass die Zeugen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen können, werden sie – soweit möglich – in der Hauptverhandlung vor der *jury* erneut befragt. Dabei spielt die Niederschrift eine gewichtige Rolle, weil so das Kreuzverhör (*cross-examination*) vorbereitet werden kann. Widersprechen sich die Aussagen des

1102 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.02 [1], § 30.41 (December 2022).

1103 Zu Zeitpunkt und Ort s. 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 17.03 (December 2022).

1104 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.02 [2] (December 2022); 4 AMJUR TRIALS 119 § 1 (December 2022).

1105 BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 372 (2021).

1106 Vgl. *Ethicon Endo-Surgery v. United States Surgical Corp.*, 150 F.R.D. 98, 99 (S.D. Ohio 1995) (“A deposition is intended to permit discovery of information in the possession of the deponent or perpetuate the testimony of the deponent.”).

1107 S. etwa *Miner v. Atlass*, 363 U.S. 641, 649, 80 S. Ct. 1300, 4 L. Ed. 2d 1462 (1960).

1108 S. nur 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.02 (December 2022); *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 12.

1109 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.02 [1] (December 2022).

Zeugen in Hauptverhandlung und *deposition*, wird dies häufig genutzt, um die Glaubhaftigkeit seiner Aussage anzuzweifeln.¹¹¹⁰

Die *depositions* gelten als besonders vorteilhaft, weil sie die zuverlässige Vorbereitung der Beweisaufnahme ermöglichen. Außerdem kann so die Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage in der Hauptverhandlung bestätigt oder in Zweifel gezogen werden, wenn diese von der Aussage im Rahmen der *deposition* abweicht. Die Zeugenaussage wird für den Fall konserviert, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht mehr zur Verfügung steht. Auch sind sie flexibler und daher in größerer Detailtiefe handhabbar als etwa die *written interrogatories*.¹¹¹¹ Andererseits bieten die *depositions* reichlich Anlass für ausufernde Auseinandersetzungen mit einem Zeugen oder einer Partei.¹¹¹²

Eine Partei kann den notwendigen Beweis auch durch die Aussage oder das Gutachten eines Sachverständigen erbringen.¹¹¹³ Gemäß *FRCP* 26(b)(4) wird der Sachverständige typischerweise¹¹¹⁴ von einer Partei ausgewählt.¹¹¹⁵ Zur Prozessvorbereitung kann er – wie eine Partei oder ein Zeuge – im Rahmen einer *deposition* befragt werden.¹¹¹⁶ Tatsächlich kennen die *Federal Rules of Civil Procedure* kein eigenständiges Instrument des Sachverständigenbeweises. Vielmehr ist auch der Sachverständige Zeuge (*[expert] witness*).¹¹¹⁷ Soll nur das Gutachten, nicht aber die Aussage des Sachverständigen selbst in die Hauptverhandlung eingeführt werden, so kann

1110 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.02 [1] (December 2022); o. V., 74 HARV. L. REV. 940, 953 (1961); allgemein zur Verwendung der *depositions* in der Hauptverhandlung s. *FRCP* 32.

1111 Zu den Vor- und Nachteilen der *depositions* insgesamt s. 4 AMJUR TRIALS 119 § 2 (December 2022).

1112 Siehe nur die Vernehmung von Justin Bieber, der im Rahmen eines Körperverletzungsprozesses gegen einen seiner Bodyguards aussagen sollte (abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=6szSy_UBL_U, zuletzt abgerufen am 11.07.2023). Eindrücklich ist auch die Auseinandersetzung im Rahmen einer *deposition* um die Frage, was eine *photocopy machine* ist; abrufbar https://www.cleveland.com/metro/2011/03/identifying_photocopy_machine.html; s. dazu auch <https://www.nytimes.com/2014/04/28/opinion/verbatim-what-is-a-photocopier.html?smid=url-share>; eine Verfilmung dieser Sequenz ist abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=PZbqAMEwtOE> (alle Links zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1113 S. dazu das „*Expert Witness Resource Kit (Federal)*“ des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter <https://advance.lexis.com/practice-advisor-home>, dort unter „Tools & Resources“ – „Resource Kits“; zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1114 Zu vom Gericht bestellten Sachverständigen s. *FRE* 706.

1115 Zum Auswahlprozess s. 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 23.02 (December 2022).

1116 S. u. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205).

1117 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 23.01 (December 2022).

weiteres Wissen des Sachverständigen nur unter den Voraussetzungen von *FRCP 35(b)* oder bei Vorliegen besonderer Umstände im Rahmen einer *deposition* oder durch *interrogatories* in Erfahrung gebracht werden.¹¹¹⁸ Die Kosten für die Erstellung des Gutachtens hat grundsätzlich die Partei zu tragen, die das Gutachten in Auftrag gegeben hat.¹¹¹⁹

a) Beteiligte

Im Rahmen der *deposition* wird der Zeuge außerhalb des Gerichtssaals von einem Prozessvertreter befragt.¹¹²⁰ Nicht notwendig ist, dass der Zeuge anwaltlich vertreten ist, weil es um Aussagen des Zeugen, nicht seines Rechtsanwaltes geht.¹¹²¹ Ein „*officer of the court*“ (vgl. *FRCP 28*), meist ein *court reporter*, beaufsichtigt die Vernehmung und fertigt ein Wortprotokoll. Entscheidend kommt es darauf an, dass diese Person berechtigt ist, dem Zeugen den Eid abzunehmen.¹¹²² Befinden sich Zeuge und *officer of the court* an verschiedenen Orten, kommt unter Umständen auch die Vernehmung im Rahmen einer Telefon- oder Videokonferenz in Betracht.¹¹²³

Gemäß *FRCP 30(a)(1)* kann im Rahmen einer *deposition* jede Person vernommen werden.¹¹²⁴ Es ist unerheblich ob die zu befragende Person als Partei am Rechtsstreit beteiligt ist oder nicht.¹¹²⁵ „*Person*“ meint jede natürliche Person oder Körperschaft,¹¹²⁶ wobei im letzteren Fall ein Vertreter der Körperschaft angehört wird.¹¹²⁷ Die Vorschrift reicht so weit, dass sogar der Prozessvertreter einer Partei im Rahmen einer *deposition* befragt werden kann.¹¹²⁸ Parteien können ohne gerichtliche Anordnung vernommen werden, während Dritte vom Gericht vorgeladen sein müssen.¹¹²⁹ Eine

1118 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.80 [2] (December 2022).

1119 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.80 [3] (December 2022).

1120 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.02 [1] (December 2022).

1121 *Hall v. Clifton Precision*, 150 F.R.D. 525, 528 (E.D. Pa. 1993).

1122 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 28.03, § 30.02 [3], § 30.06 (December 2022).

1123 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 28.04 (December 2022).

1124 4 AMJUR TRIALS 119 § 19 (December 2022).

1125 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.03 [1] (December 2022).

1126 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.03 [1] (December 2022).

1127 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.03 [2] (December 2022) mit Beispielen zur Frage, welche Personen als geeignete Vertreter in Betracht kommen.

1128 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 31.03 [5] (December 2022).

1129 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.21 (December 2022).

entsprechende Ladung wird das Gericht aussprechen, wenn die in *FRCP* 45 formulierten Voraussetzungen erfüllt sind.¹¹³⁰ Kann jemand jedoch im Rahmen der Hauptverhandlung nicht als Zeuge (oder als Partei) vernommen werden, so gilt dies auch für die Vernehmung im Rahmen einer *deposition*.¹¹³¹

b) Modalitäten der Vernehmung

FRCP 30 geht grundsätzlich von der mündlichen Vernehmung eines Zeugen aus. Diese Vernehmung kann durch Ton- oder Videoaufzeichnung oder durch ein stenographisches Transkript festgehalten werden.¹¹³² Den Parteien steht es dabei frei, die von ihnen gewünschte Art der Aufzeichnung zu wählen.¹¹³³ Mittlerweile werden die *depositions* vorwiegend audiovisuell aufgezeichnet. Das hat den Vorteil, dass Umstände, die sich mit Worten nur schwer beschreiben lassen, nachgestellt werden können und die *jury* auch Auftreten und Benehmen des Zeugen während der Vernehmung in ihr Urteil einfließen lassen kann.¹¹³⁴ Ist eine Partei mit der einen oder anderen Art der Aufzeichnung nicht einverstanden, kann sie versuchen eine Schutzanordnung (*protective order*) gemäß *FRCP* 26(c) zu erwirken.¹¹³⁵ Auf Grundlage der Aufzeichnung kann im Anschluss an die *deposition* ein schriftliches Wortprotokoll gefertigt werden. Soll die *deposition* später in die Hauptverhandlung eingeführt werden, ist dies sogar notwendig (*FRCP* 32(c)).¹¹³⁶ Die notwendigen Aufwendungen trägt die *deposition* durchführende Partei (*FRCP* 30(b)(3)(A)).

Während typischerweise alle Beteiligten an einem Ort versammelt sind und die *deposition* in einem Gespräch von Angesicht zu Angesicht durchgeführt werden kann, lässt *FRCP* 30(b)(4) auch die fernmündliche Verneh-

1130 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.21 (December 2022).

1131 4 AMJUR TRIALS 119 § 19 (December 2022); zu weiteren Ausnahmen s. 4 FED. TRIAL GUIDE § 100.10[1][a](1)-(3) (2018).

1132 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.23 [1][a] (December 2022).

1133 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.23 [3] (December 2022).

1134 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.23 [1][b] (December 2022).

1135 Dazu ausf. u. Kapitel 3 E. I. (S. 256).

1136 Zu weiteren Fällen, in denen die Anfertigung eines schriftlichen Wortprotokolls erforderlich ist s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.23 [4] (December 2022).

mung¹¹³⁷ eines Zeugen zu, wenn die Parteien sich darauf verständigen oder das Gericht dies auf Antrag einer Partei anordnet. Anstatt selbst an der Vernehmung teilzunehmen, kann die die *discovery* durchführende Partei Fragen auch schriftlich formulieren. Diese werden der zu vernehmenden Person zugestellt und dem zuständigen *officer of the court* übergeben. Dieser stellt dann die Fragen und notiert die Antworten des Zeugen.¹¹³⁸ Die maßgeblichen Regeln formuliert *FRCP* 31.¹¹³⁹ Die *depositions* können dabei grundsätzlich auf Parteiinitiative durchgeführt werden (*FRCP* 30(a)(1), 31(a)(1)).¹¹⁴⁰ Nur in bestimmten Fällen ist die Genehmigung des Gerichts (*leave of court*) erforderlich.¹¹⁴¹

c) Gegenstand der *depositions*

Den Umfang des durch *depositions* Erforschbaren bestimmt wiederum *FRCP* 26.¹¹⁴² Danach darf nach für den Fall relevanten, nicht besonders geschützten Informationen gefragt werden, wenn dabei damit zu rechnen ist, dass dies zur Aufdeckung von Informationen führt, die für den Fall von Bedeutung sind.¹¹⁴³ Die Beweisführung in der Hauptverhandlung wird vielfach durch die *Federal Rules of Evidence* beschränkt. Einem Zeugen dürfen danach bestimmte Fragen in der Hauptverhandlung nicht gestellt werden. Die *deposition* unterliegt keiner vergleichbaren Beschränkung. Entscheidend kommt es darauf an, dass die Fragen zur Aufdeckung von Beweismitteln führen können, die dann in der Hauptverhandlung präsentiert werden dürfen.¹¹⁴⁴ In Zusammenspiel mit *FRCP* 34, *FRCP* 45(d) erlaubt *FRCP* 30 auch die Anforderung von Unterlagen oder Augenscheinsobjekten, die sich im Besitz des Zeugen befinden.¹¹⁴⁵

1137 Gemeint ist die telefonische Vernehmung des Zeugen oder die Vernehmung im Rahmen einer Videokonferenz. Zu den Einzelheiten der fernmündlichen Vernehmung s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.24 (December 2022) m. w. N.

1138 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.44 (December 2022).

1139 S. dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 31 (December 2022).

1140 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.04, § 31.04 (December 2022).

1141 Zu den Fällen, in denen eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist s. (*FRCP* 30(a)(2), 31(a)(2) samt der Kommentierung bei 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.05 (December 2022).

1142 S. dazu. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).

1143 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 17.02 [1] (December 2022).

1144 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 17.02 [1] (December 2022).

1145 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.03 [1] (December 2022).

Dieser großen Reichweite der *deposition* kann begegnet werden, indem einer Frage widersprochen wird (*objection*). Dieser Widerspruch wird in der Niederschrift vermerkt und der Richter entscheidet darüber grundsätzlich im Rahmen der Hauptverhandlung (*FRCP 30(c)(2)*). Das bedeutet aber auch, dass der Zeuge grundsätzlich verpflichtet ist, im Rahmen der *deposition* auf jede Frage zu antworten.¹¹⁴⁶ Der Einspruch kann auch erst in der Hauptverhandlung geltend gemacht werden.¹¹⁴⁷ Insgesamt sollte von den *objections* zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.¹¹⁴⁸ In bestimmten Fällen kann es aber erforderlich sein, dass eine Frage nicht im Rahmen der *deposition* beantwortet wird. Das ist der Fall, wenn es darum geht, geschützte Informationen geheim zu halten, eine vom Gericht angeordnete Beschränkung der Fragestellung sicherzustellen oder um einen Antrag nach *FRC 30(d)(3)* zu stellen, mit dem die *deposition* eingeschränkt oder beendet werden kann (*FRCP 30(c)(2)*). Allerdings darf dem Zeugen von der Beantwortung der Frage nur abgeraten werden, wenn einer dieser Fälle vorliegt.¹¹⁴⁹

1146 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.43 [1] (December 2022).

1147 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.43 [1] (December 2022).

1148 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.43 [1] (December 2022).

1149 *Riddell Sports, Inc. v. Brooks*, 158 F.R.D. 555, 557 (S.D.N.Y. 1994) (“...counsel for Mr. Brooks noted that Riddell’s attorney had on several occasions directed the deponents not to answer certain questions. Such conduct is generally inappropriate.”); *Boyd v. Univ. of Maryland Med. Sys.*, 173 F.R.D. 143, 147 (D. Md. 1997) (“...any time that a lawyer instructs a deponent not to answer a question except as authorized by Rules 30(d)(1) or 30(d)(3) the instruction is presumptively improper”); *Dravo Corp. v. Liberty Mut. Ins. Co.*, 164 F.R.D. 70, 75 (D. Neb. 1995) (“Since there was no claim of privilege, and there has been no showing that the deposition was conducted in bad faith or in such a manner as unreasonably to annoy, embarrass, or oppress Hartsock, the instructions not to answer were ‘highly improper.’”). Offenbar sind die aus Film und Fernsehen bekannten Szenen, in denen die Prozessvertreter häufig die Zeugenbefragung durch ihre Einwürfe ad absurdum führen, nicht völlig aus der Luft gegriffen. Verschiedene Gerichte sahen die Notwendigkeit, die Prozessvertreter auf ihre Rolle als Organe der Rechtspflege hinzuweisen und ihnen ein entsprechendes Benehmen anzuraten, vgl. nur *Calzaturificio S.C.A.R.P.A., s.p.a. v. Fabiano Shoe Co.*, 201 F.R.D. 33, 39-40 (D.Mass. 2001); *Hearst/ABC-Viacom Entertainment Servs. v. Goodway Mktg., Inc.*, 145 F.R.D. 59, 63 (E.D. Pa. 1992); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.43 [2] (December 2022) m. w. N.

d) Ablauf einer deposition

Will eine Partei eine *deposition* durchführen, so muss sie zunächst die anderen am Rechtsstreit beteiligten Parteien davon schriftlich unterrichten. Die Mitteilung muss erkennen lassen, wann¹¹⁵⁰ und wo die *deposition* durchgeführt werden soll, wer vernommen werden soll,¹¹⁵¹ welche Urkunden und Augenscheinsobjekte bei der *deposition* vorgelegt werden sollen und auf welche Art und Weise die Vernehmung aufgezeichnet werden soll (*FRCP* 30(b)). Üblicherweise bestimmt dabei die beweisuchende Partei den Ort der *deposition*.¹¹⁵² Allerdings kann das Gericht anordnen, dass die Vernehmung an einem anderen Ort stattzufinden hat, wenn dies angemessen erscheint.¹¹⁵³

Während es zur Vernehmung einer Partei keiner gesonderten Anordnung des Gerichts bedarf, müssen Dritte gemäß *FRCP* 45 vorgeladen werden (*subpoena*). So kann einerseits erreicht werden, dass die zu vernehmende Person überhaupt an der Vernehmung teilnimmt (*FRCP* 45(a)(1)(B)), andererseits kann sie so zur Vorlage von bestimmten Beweismitteln verpflichtet werden (*FRCP* 45(a)(1)(C)).¹¹⁵⁴ Dass die zu vernehmende Person ihren Mitwirkungspflichten dann auch tatsächlich nachkommt, kann mit den in *FRCP* 37 vorgesehenen Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden.¹¹⁵⁵

aa) Vorbereitung einer deposition

Um eine *deposition* erfolgreich durchführen zu können, muss zunächst klar sein, welcher Sachverhalt bewiesen werden soll. Der die *deposition* durchführende Prozessvertreter muss also eine These entwickeln, auf welcher er den Fall aufbauen kann. So wird sichergestellt, dass alle Tatsachen, die für den Fall von Bedeutung sein könnten, ausgeleuchtet werden.¹¹⁵⁶ Freilich

1150 Dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.20 [1][b][iii] (December 2022).

1151 Dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.20 [1][b][i] (December 2022).

1152 *DeepGulf, Inc. v. Moszowski*, 330 F.R.D. 600, 606-607 (N.D. Fla. 2019); *SEC v. Aly*, 320 F.R.D. 116, 118 (S.D.N.Y. 2017); *Buzzeo v. Board of Educ.*, 178 F.R.D. 390, 392 (E.D.N.Y. 1998); *Riley v. Murdock*, 156 F.R.D. 130, 132 (E.D.N.C. 1994).

1153 Zu den Ausnahmen s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.20 [1][b][ii] (December 2022) m. Beispielen in w. N.

1154 Dazu ausf. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.22 [4] (December 2022).

1155 Dazu insb. u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261).

1156 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 16.02 [1.1] (December 2022).

wird es sich dabei nur um eine vorläufige Einschätzung handeln, die auf Grundlage der im Rahmen der *discovery* zu Tage geförderten Informationen angepasst werden muss.¹¹⁵⁷ Zur Weiterentwicklung seiner These kann der Prozessvertreter auf die klageleitenden Schriftsätze, Antworten auf *interrogatories*¹¹⁵⁸ sowie auf vorgelegte Urkunden und Augenscheinsobjekte¹¹⁵⁹ zurückgreifen. Eine besonders wertvolle Informationsquelle wird regelmäßig auch der eigene Mandant sein.¹¹⁶⁰ In der *deposition* wird es darum gehen, die These durch Zeugenaussagen zu bestätigen oder zu widerlegen.¹¹⁶¹ Zur Vorbereitung der *deposition* empfiehlt sich die Anfertigung einer Übersicht, aus der sich die zu befragenden Zeugen¹¹⁶² sowie die Probleme des Falles ergeben.¹¹⁶³ Auch werden üblicherweise umfangreiche Informationen über die einzelnen Zeugen zusammengetragen, die insbesondere dazu genutzt werden, Zweifel an deren Glaubwürdigkeit zu schüren.¹¹⁶⁴ Dabei ist zu beachten, dass Aussagen von Zeugen aus dem Lager einer Partei regelmäßig ein geringeres Gewicht zugemessen wird als den Aussagen eines neutralen Zeugen. Dies sollte auch im Rahmen der Vorbereitung der *deposition* beachtet werden.¹¹⁶⁵

bb) Zeugenverhör

Das eigentliche Zeugenverhör im Rahmen der *deposition* folgt dann den auch für die Hauptverhandlung maßgeblichen Regeln der *Federal Rules of Evidence (FRCP 30(c)(1))*. Der Zeuge wird von den Rechtsanwälten der am Prozess beteiligten Parteien verhört (*examination and cross-examination*). Dabei sind alle Fragen zulässig, die Gegenstand der *deposition* sein können.¹¹⁶⁶ Hat ein Zeuge Schwierigkeiten, sich an die genauen Umstände des Sachverhalts zu erinnern, kann zusätzliches Beweismaterial benutzt werden, um seine Erinnerung aufzufrischen (*FRE 612*). Auch wenn ein Zeuge

1157 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 16.02 [1.1] (December 2022).

1158 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 2. (S. 215).

1159 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 3. (S. 223).

1160 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 16.02 [1.3] (December 2022).

1161 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 16.02 [1.2] (December 2022).

1162 S. dazu 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 16.03 (December 2022).

1163 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 16.02 [2] (December 2022).

1164 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 16.02 [4] (December 2022).

1165 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 16.05-06, § 17.03, § 17.10 (December 2022)..

1166 Dazu s. o. Kapitel 3 B. III. 1. c) (S. 210).

oder eine Partei bei dem Verhör von einem Rechtsanwalt begleitet wird, hat die die *deposition* durchführende Partei grundsätzlich Anspruch auf eine Antwort des Zeugen. Der Rechtsanwalt darf den Zeugen jedenfalls während der Befragung grundsätzlich nicht beraten.¹¹⁶⁷ Auch vor der *deposition* erscheint es jedenfalls fragwürdig, wenn Zeugen von den Prozessvertretern im Interesse ihrer Mandanten instruiert werden (sog. *witness coaching*).¹¹⁶⁸

Die Prozessvertreter haben stets darauf achten, dass die vom *court reporter* angefertigte Niederschrift eindeutig formuliert und verwertbar ist. Soll die *deposition* später in die Hauptverhandlung eingeführt werden, ist entscheidend, dass sie eindeutig und logisch aufgebaut ist.

FRCP 30(d)(1) beschränkt die Dauer einer *deposition* grundsätzlich auf sieben Stunden. Die *deposition* hat danach außerdem an einem einzigen Tag stattzufinden. Unterbrechungen sind zulässig.¹¹⁶⁹ Diese zeitliche Beschränkung kann auf Anordnung des Gerichts verlängert werden. Dabei kann berücksichtigt werden, dass zur Befragung des Zeugen ein Dolmetscher erforderlich oder dass ein besonders umfangreicher Zeitraum Gegenstand der Befragung ist.¹¹⁷⁰

e) Verwertung im Prozess

FRCP 32 bestimmt, unter welchen Umständen die *deposition* in der Hauptverhandlung verwertet werden kann. *FRCP 32(a)(1)* regelt die allgemeinen Voraussetzungen. Eine *deposition* kann einer Partei in der Hauptverhandlung nur entgegengehalten werden, wenn diese Partei bei der Vernehmung anwesend oder vertreten gewesen ist. Außerdem müssen die *Federal Rules of Evidence* die Verwendung der *deposition* in die Hauptverhandlung zulassen.

Die im Rahmen der *deposition* gewonnene Zeugenaussage ist zwar grundsätzlich als Aussage eines „Zeugen vom Hörensagen“ (*hearsay* im Sinne von *FRE 801*) zu werten und kann nicht durch den Bericht einer

1167 *In re Stratosphere Corp. Sec. Litig.*, 182 F.R.D. 614, 621-622 (D. Nev. 1998); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.42 [2] (December 2022); zu den Gestaltungsmöglichkeiten des Prozessvertreters, um für seine Seite nachteilige Aussagen zu vermeiden s. auch 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 18 (December 2022).

1168 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.42 [2] (December 2022); ausf. dazu auch *Timmerbeil*, *Witness Coaching*.

1169 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.45 (December 2022).

1170 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.45 (December 2022).

anderen Person, die bei der *deposition* anwesend war, in die Hauptverhandlung eingeführt werden.¹¹⁷¹ Gemäß *FRCP(a)(2)-(8)* kann aber die Niederschrift in der Hauptverhandlung verlesen werden. Die Verwertung der *deposition* ist danach unter anderem zulässig, wenn damit die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Glaubhaftigkeit seiner Aussage angezweifelt wird (*FRCP(a)(2)*) oder wenn ein Zeuge in der Hauptverhandlung aus bestimmten Gründen nicht mehr zur Verfügung steht (*FRCP(a)(4)*).¹¹⁷² In diesen Fällen wird somit von dem in *FRCP 43(a)* formulierten Grundsatz, dass Zeugen unmittelbar in der öffentlichen Hauptverhandlung aussagen müssen, abgewichen.¹¹⁷³

Eine *deposition* kann von jeder Partei in die Hauptverhandlung eingeführt werden,¹¹⁷⁴ unabhängig davon, ob die *deposition* auf Initiative dieser Partei oder der gegnerischen Partei durchgeführt worden ist.¹¹⁷⁵ Die *deposition* darf grundsätzlich auch zu Lasten jeder Partei eingesetzt werden.¹¹⁷⁶ Insgesamt hat das Gericht aber einen weiten Beurteilungsspielraum, wenn fraglich ist, ob eine *deposition* in der Hauptverhandlung verwertet werden darf.¹¹⁷⁷ Hält eine Partei die Verwertung der *deposition* für unzulässig, kann sie Einspruch (*objection*) dagegen erheben.¹¹⁷⁸ Soll eine *deposition* von vornherein vermieden werden, kann ein entsprechender Antrag an das Gericht gestellt werden. Allerdings geben die Gerichte diesen Anträgen nur äußerst zurückhaltend statt.¹¹⁷⁹ Gleiches gilt, wenn eine *deposition* abgebrochen oder beschränkt werden soll.¹¹⁸⁰

2. Schriftliche Fragen (*interrogatories*)

FRCP 32 enthält Regeln über die Informationsgewinnung durch *interrogatories*. Dabei handelt es sich um Fragen, üblicherweise eine Zusammenstel-

1171 S. dazu ausf. 5 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE § 802 (December 2022).

1172 Zu diesen Fällen im Einzelnen 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 32.20–28 (December 2022).

1173 *Griman v. Makousky*, 76 F.3d 151, 153 (7th Cir. 1996); *Kolb v. County of Suffolk*, 109 F.R.D. 125, 127 (E.D.N.Y. 1985); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 32.02 (December 2022).

1174 Dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 32.60–65 (December 2022).

1175 *Weiss v. Wayes*, 132 F.R.D. 152, 154 (M.D. Pa. 1990).

1176 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 32.04 (December 2022).

1177 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 32.07 (December 2022).

1178 Ausf. dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 32.40–47 (December 2022).

1179 Vgl. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.50 (December 2022).

1180 Vgl. dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.51 (December 2022).

lung mehrerer Fragen, die der gegnerischen Partei im Rahmen der *pre-trial discovery* schriftlich übermittelt werden.¹¹⁸¹ Die gegnerische Partei muss die *interrogatories* schriftlich und unter Eid beantworten oder Einspruch dagegen einlegen (*FRCP 33(b)(3), (4)*). *Interrogatories* können nur an die jeweils andere Partei adressiert werden. Erfasst werden alle Personen, die in der Klageschrift und der gerichtlichen Ladung (*summons*) genannt sind (*FRCP 33(a)(1), (b)*).¹¹⁸²

Gemeinhin werden zwei Arten von *interrogatories* unterschieden: *identification interrogatories* und *contention interrogatories*.¹¹⁸³ *Identification interrogatories* werden eingesetzt, um Tatsachen zu erforschen. Mit ihnen kann die gegnerische Partei dazu angehalten werden, für den Fall relevante Unterlagen, Gegenstände oder Personen, die Kenntnis von den maßgebenden Umständen haben, zu benennen.¹¹⁸⁴ *Contention interrogatories* betreffen demgegenüber Meinungen und Behauptungen mit Bezug zu den streitgegenständlichen Tatsachen.¹¹⁸⁵

Interrogatories dienen – wie alle *discovery*-Instrumente – der Aufdeckung der tatsächlichen Umstände des Falles sowie der zügigen und kostengünstigen Streitbeilegung. Ihre Aufgabe ist es, unnötige *depositions* und die damit verbundenen Verzögerungen zu vermeiden sowie die streitigen Tatsachen einzugrenzen.¹¹⁸⁶ Sie können dabei mit anderen *discovery*-Instrumenten kombiniert werden.¹¹⁸⁷ So kann etwa die Frage nach Eigenschaften einer Urkunde mit deren Vorlage (*request for production*)¹¹⁸⁸ verbunden werden.¹¹⁸⁹ Dem Gericht stehen zahlreiche Mittel zur Verfügung, mit denen es

1181 BLACK'S LAW DICTIONARY, interrogatory (2019); 27 CJS DISCOVDEP § 92 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.02 [1] (December 2022).

1182 Ausf. dazu 27 CJS DISCOVDEP § 97 (December 2022); 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 12.03 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.20 (December 2022).

1183 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.02 [2] (December 2022).

1184 Bsp. in 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 12.07 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.02 [2][a] (December 2022).

1185 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.02 [2][b] (December 2022); allg. dazu JOHNSTON & JOHNSTON, 148 F.R.D. 441 (1993); Bsp. in 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 12.08 (December 2022).

1186 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.03 (December 2022).

1187 27 CJS DISCOVDEP § 92 (December 2022).

1188 S. u. Kapitel 3 B. III. 3. (S. 223).

1189 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.04 [1] (December 2022).

auf die Formulierung und die Beantwortung der *interrogatories* einwirken kann.¹¹⁹⁰

Die *interrogatories* erlauben die einfache und kostengünstige Feststellung bestimmter Tatsachen, weshalb sie gegenüber den anderen *discovery*-Methoden häufig vorzugswürdig erscheinen.¹¹⁹¹ Andererseits muss beachtet werden, dass so keine Rückschlüsse auf der Grundlage des Verhaltens der Partei bei der Beantwortung gezogen werden können und anschließende Nachfragen nur unter erheblichem Aufwand möglich sind.¹¹⁹² Außerdem erhält eine Partei so nur selten die „ungefilterte“ Antwort auf ihre Frage, weil die gegnerische Seite regelmäßig anwaltliche Hilfe bei der Beantwortung in Anspruch nimmt.¹¹⁹³

Häufig geht es im Rahmen der *interrogatories* darum, ganz grundlegende Informationen, die sich von Fall zu Fall kaum unterscheiden, zu ermitteln. Zahlreiche Bundesstaaten stellen daher umfangreiche Standardfragebögen zur Verfügung.¹¹⁹⁴ Benötigen die Parteien Angaben zu einem genau bestimmten Umstand, können die Fragen auch individuell formuliert werden.¹¹⁹⁵

a) Modalitäten der *interrogatories*

Soll die *pre-trial discovery* mittels *interrogatories* durchgeführt werden, sind bestimmte Regeln zu Form und Verfahren zu beachten. Zunächst beschränkt *FRCP* 33(a)(1) die Zahl der zulässigen Fragen an eine Partei auf 25, wobei auch abtrennbare Teilfragen¹¹⁹⁶ als eine Frage gezählt werden. Weitere Fragen können mit Genehmigung des Gerichts formuliert werden. *FRCP* 33 schreibt zwar nicht vor, in welcher Form die *interrogatories* abge-

1190 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.06 (December 2022).

1191 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 12.09 (December 2022); zu den Vorteilen der *interrogatories* gegenüber anderen *discovery*-Methoden s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.05 [1] (December 2022).

1192 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 12.10 (December 2022); zu den Nachteilen 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.33 [2] (December 2022).

1193 Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 13.

1194 Für Kalifornien s. bspw. <http://www.courts.ca.gov/documents/disc001.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1195 S. dazu das „Written and Document Discovery Resource Kit (Federal)“ des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter <https://advance.lexis.com/practice-advisor-home>, dort unter „Tools & Resources“ – „Resource Kits“, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1196 Dazu ausf. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.30 [2] (December 2022).

fasst sein müssen, allerdings ist anerkannt, dass diese endgültig, eindeutig und verständlich formuliert sein müssen.¹¹⁹⁷ Sind mehrere Parteien am Rechtsstreit beteiligt, so muss eine Kopie der *interrogatories* an jede Partei übermittelt werden (FRCP 5(a)(1)(C)). Die *interrogatories* dürfen erst zugestellt werden, wenn die *pre-trial conference* abgehalten wurde. Regelmäßig werden *identification interrogatories* recht früh im *discovery*-Verfahren gestellt, während *contention interrogatories* eher zu einem späteren Zeitpunkt sinnvoll sein werden.¹¹⁹⁸

b) Gegenstand der *interrogatories*

Der Gegenstand dieser Fragen ergibt sich aus dem in FRCP 26 festgelegten Umfang der *pre-trial discovery* (FRCP 33(c)).¹¹⁹⁹ Alles, was für die Geltendmachung eines Anspruchs oder die Verteidigung dagegen von Bedeutung sein kann,¹²⁰⁰ kann erforscht werden.¹²⁰¹ Das entspricht dem zu den *depositions* bereits Ausgeführten.¹²⁰² Es kommt darauf an, dass die angefragten Informationen für den Rechtsstreit von Bedeutung¹²⁰³ und nicht besonders geschützt sind.¹²⁰⁴ Nicht entscheidend ist, ob die fraglichen Informationen auch in der Hauptverhandlung verwertet werden können.¹²⁰⁵

Beantwortet werden muss nur, was die befragte Partei auch tatsächlich weiß. Eine Pflicht, die angefragten Informationen erst selbst zu erfor-

1197 *Babcock Swine, Inc. v. Shelbco, Inc.*, 126 F.R.D. 43, 45 (S.D. Oh. 1989); ausf. zum Format der *interrogatories* s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.31 (Dezember 2022).

1198 Ausf. zu Zeitpunkt und Zustellung der *interrogatories* s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.40 - § 33.43 (Dezember 2022).

1199 S. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).; so auch *Wirtz v. Capitol Air Service, Inc.*, 42 F.R.D. 641, 642 (D. Kan. 1967) („The scope of examination by interrogatories is as broad as the scope of examination by deposition under Rule 26(b).“).

1200 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 12.02 (Dezember 2022).

1201 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 12.01 (Dezember 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.60 (Dezember 2022).

1202 S. Kapitel 3 B. III. 1. c) (S. 210).; so auch *Félix A. Thillet, Inc. v. The Kelly Springfield Tire Company*, 41 F.R.D. 55, 57 (D.P.R. 1966) („The scope of inquiry into the other party's case through this procedural device is as broad as discovery under Rule 26, relative to depositions.“); 35A CJS FEDCIVPROC § 686 (Dezember 2022).

1203 S. 35A CJS FEDCIVPROC § 687 (Dezember 2022).

1204 35A CJS FEDCIVPROC § 695 (Dezember 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.62 (Dezember 2022).

1205 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.61 (Dezember 2022).

schen und zusammenzustellen, besteht nach wohl überwiegender Ansicht nicht.¹²⁰⁶ Gefragt werden darf auch nach Informationen, die der fragenden Partei bereits bekannt sind.¹²⁰⁷ Kann sich die informationssuchende Partei die gewünschten Informationen selbst beschaffen, muss sie dies nur tun, wenn ihr dies erheblich einfacher möglich ist als der gegnerischen Partei.¹²⁰⁸ Auch Informationen, die für jedermann einsehbar sind, können Gegenstand der *interrogatories* sein,¹²⁰⁹ weil diese als Geständnis (*admission*) verwertet und so ein besonderes Gewicht erhalten können.¹²¹⁰ Wurden Informationen bereits zur Verfügung gestellt, erscheint es aber unverhältnismäßig, eine Partei im Rahmen der *interrogatories* zur erneuten Mitteilung dieser Informationen zu verpflichten.¹²¹¹ Informationen, die der Prozessvorbereitung durch die gegnerische Partei dienen, können nicht im Rahmen der *interrogatories* erforscht werden.¹²¹²

Soweit im Rahmen der *interrogatories* nach Personen gefragt wird, die Informationen zum Streitgegenständlichen Fall haben oder haben könnten, muss der Name der Person und – soweit bekannt – ihre Adresse oder Telefonnummer angegeben werden.¹²¹³ Kommt es im konkreten Fall auf weitere

-
- 1206 *Hudgins v. Georgia Southern & F. Ry. Co.*, 16 F.R.D. 243, 244 (M.D. Ga. 1954); *Kainz v. Anheuser-Busch*, 15 F.R.D. 242, 249 (N.D. Ill. 1954); 35A CJS FEDCIVPROC § 688 (December 2022); a. A. *Firemen's Mut. Ins. Co. v. Erie-Lackawanna Railroad Co.*, 35 F.R.D. 297, 298-299 (N.D. Oh. 1964); *American Oil Co. v. Pennsylvania Petroleum Products Co.*, 23 F.R.D. 680, 683 (D.R.I. 1959).
- 1207 *U.S. v. Article of Drug Consisting of 40 Individually Cartonedd Jars, More or Less, Labeled in Part: "Ahead Hair Restorer for New Hair Growth"*, 43 F.R.D. 181, 188 (D. Del. 1967); *Bowles v. Safeway Stores*, 4 F.R.D. 469, 470-471 (W.D. Mo.); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.73 (December 2022).
- 1208 *U.S. v. Beatrice Foods Co.*, 52 F.R.D. 14, 19 (D. Minn. 1971); *O'Brien v. Equitable Life Assur. Soc. of U.S.*, 13 F.R.D. 475, 477 (W.D. Mo. 1953); *Sunday v. Gas Service Co.*, 10 F.R.D. 185, 186 (W.D. Mo. 1950).
- 1209 *Anderson v. United Airlines, Inc.*, 49 F.R.D. 144, 147 (S.D.N.Y. 1969); *Rogers v. Tri-State Materials Corp.*, 51 F.R.D. 234, 245 (N.D. W. Va.) ("The fact that the information sought is equally available to the interrogator, or is a matter of public record, does not render the interrogatories objectionable" [zitiert aus 2A WILLIAM W. BARRON & ALEXANDER HOLTZOFF, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE § 877 (S. 299-300) (1961)]).
- 1210 *Erone Corp. v. Skouras Theatres Corp.*, 22 F.R.D. 494, 500 (S.D.N.Y. 1958) ("It is true that the mere fact that matters are within the knowledge of the examining party or are matters of public record will not be a valid ground for objection where answers to the interrogatories may be valuable as admissions on issues in the case.").
- 1211 35A CJS FEDCIVPROC § 689 (December 2022).
- 1212 35A CJS FEDCIVPROC § 691 (December 2022) m. w. N.
- 1213 35A CJS FEDCIVPROC § 693 (December 2022) m. w. N.; 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.70 (December 2022).

Einzelheiten an, so können auch diese Gegenstand der *interrogatories* sein. Geht es, etwa im Rahmen der Schadensberechnung, um das Vermögen der gegnerischen Partei, so muss diese darüber Auskunft erteilen.¹²¹⁴

Beabsichtigt die gegnerische Partei, einen Sachverständigen in der Hauptverhandlung anzuhören, so kann auch nach Informationen, die seine Person betreffen gefragt werden.¹²¹⁵ Hat ein Sachverständiger, der zwar zur Prozessvorbereitung beauftragt wurde, der aber nicht in der Hauptverhandlung angehört werden soll, Kenntnis von bestimmten Umständen erlangt, können diese nur unter strengen Voraussetzungen im Rahmen der *interrogatories* in Erfahrung gebracht werden (vgl. *FRCP 26(b)(4)(D)*).

Des Weiteren kann gefragt werden, ob Bücher, Aufzeichnungen oder Unterlagen überhaupt existieren und wo diese sich befinden (vgl. *FRCP 26(b)(1)*).¹²¹⁶ Gleichzeitig kann die Vorlage dieser Unterlagen verlangt werden.¹²¹⁷ Umstritten ist, ob die gegnerische Partei im Rahmen einer *contention interrogatory*¹²¹⁸ nach einer Rechtsauffassung gefragt werden kann.¹²¹⁹

c) Antworten auf *interrogatories*

Die Adressatin der *interrogatories* ist grundsätzlich verpflichtet, auf diese zu antworten (*FRCP 33(b)(3)*).¹²²⁰ Keinesfalls darf eine Partei eine *interrogatory* schlicht ignorieren.¹²²¹ Die Fragen müssen jeweils einzeln, vollständig und schriftlich beantwortet werden (*FRCP 33(b)(3)*). Die Antworten müssen der Wahrheit entsprechend, eindeutig, verständlich und aufrichtig erteilt werden.¹²²² Dabei müssen die Antworten alle notwendigen Details enthal-

1214 *CEH, Inc. v. FV "Seafarer"*, 148 F.R.D. 469, 471 (D.R.I. 1993); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.77 (December 2022).

1215 Diese Informationen müssen jedoch ohnehin bereits im Rahmen der *required disclosures* bereitgestellt werden.

1216 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.72 (December 2022).

1217 *Fischer & Porter Co. v. Tolson*, 143 F.R.D. 93, 97 (E.D. Pa. 1992); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.72 (December 2022).

1218 S. dazu allg. auch 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.78 (December 2022).

1219 E. A. 35A CJS FEDCIVPROC § 694 (December 2022); a. A. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.79 (December 2022).

1220 *S. Gray v. Faulkner*, 148 F.R.D. 220, 224 (N.D. Ind. 1992).

1221 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.100 (December 2022).

1222 *Hansel v. Shell Oil Corp.*, 169 F.R.D. 303, 305 (E.D. Pa. 1996) ("Parties must provide true, explicit, responsive, complete, and candid answers to interrogatories."); diese Entscheidung zitierend s. *Weaver v. Mateer & Harbert, P.A.*, 277 F.R.D. 655, 657

ten.¹²²³ Die Bezugnahme auf andere Beweismittel wird dabei kritisch gesehen.¹²²⁴ Werden die Fragen unzutreffend, unvollständig oder ausweichend beantwortet, können die in *FRCP* 37 vorgesehenen Sanktionen verhängt werden.¹²²⁵ Die Antworten auf die *interrogatories* können als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden, soweit die *Federal Rules of Evidence* dies zulassen.¹²²⁶

Bei der Beantwortung einer *interrogatory* müssen alle Informationen berücksichtigt werden, die der zur Auskunft verpflichteten Partei zur Verfügung stehen.¹²²⁷ Erfasst werden alle Informationen, die sich im Einflussbereich dieser Partei befinden.¹²²⁸ Die notwendigen Informationen müssen aber nicht erst erforscht werden.¹²²⁹ Eine klare Trennung von Informationen, die zur Verfügung stehen und der Informationen, die von einer Partei erst erforscht werden müssten, ist jedoch nicht immer möglich, so dass dieser Punkt häufig Anlass zur Auseinandersetzung vor Gericht gibt.¹²³⁰ Handelt es sich bei der zur Antwort verpflichteten Partei um eine Körperschaft, so ist sie verpflichtet, alle Informationen mitzuteilen, die ihr selbst, ihren geschäftsführenden Vertretern und ihren (ehemaligen) Angestellten zur Ver-

(M.D. Fl. 2011); *Equal Rights Ctr. v. Post Props, Inc.*, 246 F.R.D. 29, 32 (D.D.C. 2007).

1223 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.101 (December 2022).

1224 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.103 (December 2022); allerdings können auch Geschäftsbücher vorgelegt werden, wenn sich die angefragten Informationen daraus ermitteln lassen und der notwendige Aufwand für beide Parteien vergleichbar wäre, vgl. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.105 (December 2022).

1225 S. u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261); s. z. B. *Truck Treads, Inc. v. Armstrong Rubber Co.*, 818 F.2d 427, 429 (5th Cir. 1987); *Dollar v. Long Mfg., N.C., Inc.*, 561 F.2d 613, 616 (5th Cir. 1977); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.101 (December 2022) m. w. N.; siehe auch 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.140–143 (December 2022).

1226 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.160 (December 2022).

1227 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.102 [1] (December 2022).

1228 *Jackson v. Kroblin Refrigerated Xpress, Inc.*, 49 F.R.D. 134, 137 (N.D. W. Va. 1970); zitiert von *Frontier-Kemper Constructors, Inc. v. Elk Run Coal Co., Inc.*, 246 F.R.D. 522, 529 (S.D.W.Va. 2007); *Vica Coal Co. v. Crosby*, 212 F.R.D. 498, 506 (S.D.W.Va. 2003); s. auch *U.S. v. All Assets Held at Bank Julius Baer & Co.*, 309 F.R.D. 1, 14 (D.D.C. 2015).

1229 *Trane Co. v. Klutznick*, 87 F.R.D. 473, 476 (W.D. Wis. 1980) ("While a party may not have a duty to search out new information, it is undisputed that a party has a duty to provide all information available to him.").

1230 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.102 [1] (December 2022).

fügung stehen.¹²³¹ Steht ihr die fragliche Information tatsächlich nicht zur Verfügung, so muss wenigstens dieser Umstand mitgeteilt werden.¹²³²

Die Antworten müssen unterschrieben werden (FRCP 33(b)(5)),¹²³³ so dass die Mitteilung der angefragten Informationen via E-Mail für nicht ausreichend erachtet wurde.¹²³⁴ Handelt es sich bei der zur Auskunft verpflichteten Partei um eine Körperschaft, so müssen die Antworten von einem ihrer Geschäftsführer oder Vertreter unterzeichnet sein (FRCP 33(b)(1)(B)).¹²³⁵ Wurde eine Antwort einmal an die die *discovery* durchführende Partei übermittelt, kann sie nur noch mit Genehmigung der Gerichts zurückgezogen oder abgeändert werden.¹²³⁶

Interrogatories müssen innerhalb von dreißig Tagen nach ihrer Zustellung beantwortet werden (FRCP 33(b)(2)).¹²³⁷ Diese Frist kann im Rahmen der *pre-trial conference* durch Parteivereinbarung abgeändert¹²³⁸ oder auf Antrag einer Partei vom Gericht angepasst werden.¹²³⁹ Kann die Antwort zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig gegeben werden, so sind die verfügbaren Informationen gleichwohl mitzuteilen. Gleichzeitig muss der anderen Partei mitgeteilt werden, wie lange es voraussichtlich dauern wird, bis die vollständigen Informationen zur Verfügung stehen werden.¹²⁴⁰ Erkennt eine Partei später, dass sie unzutreffende Informationen mitgeteilt hat, so hat sie dies richtig zu stellen.¹²⁴¹

Will eine Partei bestimmte Fragen nicht beantworten, so kann sie Einspruch (*objection*) dagegen erheben.¹²⁴² Dieser Einspruch kann sich auch auf einen Teil einer Frage beziehen, wobei dann der andere Teil der Frage

1231 Ausf. dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.102 [2] (December 2022).

1232 *Hansel v. Shell Oil Corp.*, 169 F.R.D. 303, 305 (E.D. Pa. 1996) ("If a party is unable to supply the requested information, the party may not simply refuse to answer, but must state under oath that he is unable to provide the information and 'set forth the efforts he used to obtain the information.'").

1233 Ausf. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.104 [1] (December 2022).

1234 *Villareal v. El Chile, Inc.*, 266 F.R.D. 207, 211 (N.D. Ill. 2010) ("Requiring a party to sign interrogatory responses under oath serves the critical purpose of ensuring that the responding party attests to the truth of the responses. [...]. An attorney's communication, e-mail or otherwise, does not do that, ...").

1235 Dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.104 [2], [3] (December 2022).

1236 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.107 (December 2022).

1237 S. auch 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.120 (December 2022).

1238 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.122 (December 2022).

1239 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.123 (December 2022).

1240 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.101 (December 2022).

1241 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.106 (December 2022).

1242 Ausf. dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.170-175 (December 2022).

beantwortet werden muss.¹²⁴³ Die Parteien müssen, nachdem die Antworten samt *objections* übermittelt wurden, versuchen, den Streit über den Einspruch selbst zu klären. Erst dann kann ein Antrag an das Gericht gestellt werden, mit dem die gegnerische Partei zur Beantwortung der Frage verpflichtet werden soll.¹²⁴⁴ Eine *objection* kommt beispielsweise in Betracht, wenn die angefragte Information für den Rechtsstreit nicht von Bedeutung ist (*irrelevant information*), es sich um besonders geschützte Informationen handelt (*privileged information*)¹²⁴⁵ oder weil die Frage zu weit gestellt ist (*overbroad interrogatory*).¹²⁴⁶ Will eine Partei eine Frage nicht beantworten, obwohl kein Grund für eine *objection* vorliegt, kann sie beim Gericht Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung (*protective order*) stellen.¹²⁴⁷

3. Vorlage von Dokumenten und Augenscheinsobjekten (*requests for production or inspection*)

Gemäß *FRCP* 34 kann eine Partei die Vorlage von Unterlagen, elektronisch gespeicherten Unterlagen oder von Augenscheinsobjekten sowie Zugang zu einem Grundstück verlangen, sofern die andere Zugriff auf diese Beweismittel hat. In Verbindung mit *FRCP* 45 können auch Dritte dazu verpflichtet werden, einer Partei diese Gegenstände zugänglich zu machen (*FRCP* 34(c)). *FRCP* 45 verpflichtet dabei zur Vorlage in gleichem Umfang wie *FRCP* 34. Anders als *depositions*, *interrogatories* und *requests for admission* ist die Zahl dieser Vorlageanfragen (*requests for production*) weder in ihrem Umfang noch in ihrer Zahl durch die *Federal Rules of Civil Procedure* beschränkt.¹²⁴⁸ Die Vorlageanfrage kann auch mit den anderen *discovery*-

1243 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.100 (December 2022).

1244 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.172 (December 2022).

1245 Ausf. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.173 [1] (December 2022).

1246 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.173 [4] (December 2022); weitere Gründe vgl. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.173 [5] (December 2022) mit zahlreichen Beispielen in w. N.

1247 S. u. Kapitel 3 E. I. (S. 256); s. auch 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 33.175 (December 2022).

1248 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.02 [3] (December 2022); einzelne Gerichte haben aber *local rules*, nach denen dies doch der Fall sein kann, vgl. z. B. M.D. Ga. LR 34 ("Except with written permission of the court first obtained, requests for production under Rule 34 of the Federal Rules of Civil Procedure, may not exceed ten (10) requests to each party.").

Methoden kombiniert werden,¹²⁴⁹ so dass im Rahmen einer *deposition* Fragen zu einer Urkunde oder mittels einer *interrogatory* Eigenschaften eines bestimmten Gegenstandes näher beleuchtet werden können.¹²⁵⁰ Überall, wo Urkunden oder Augenscheinsobjekte im Zentrum der gerichtlichen Auseinandersetzung stehen, wird dieses Instrument der *pre-trial discovery* besonders wertvoll.¹²⁵¹

a) Possession, custody oder control als Voraussetzung der Vorlageverpflichtung

Voraussetzung für die Vorlageverpflichtung ist, dass sich das Beweismittel im Herrschaftsbereich (*possession, custody or control*) der gegnerischen Partei befindet.¹²⁵² Nicht erforderlich ist, dass die Partei, von der die Offenlegung verlangt wird, Eigentümerin des fraglichen Beweismittels ist.¹²⁵³ Die Begriffe *custody* und *control* sind dabei weiter als der Begriff *possession*, der mit unmittelbarem Besitz sinnwährend übersetzt werden kann. Unmittelbarer Besitz ist damit nicht zwingende Voraussetzung der Vorlageverpflichtung.¹²⁵⁴ Insbesondere der Begriff *control* wird weit verstanden.¹²⁵⁵ Gemeint ist das Recht, den fraglichen Gegenstand herausverlangen zu können („*the legal right to obtain the documents requested upon demand.*“).¹²⁵⁶

1249 Beispiele abrufbar unter https://iaals.du.edu/sites/default/files/documents/resources/03-defendants_request_for_production_of_documents.pdf (zuletzt abgerufen am 11.07.2023); s. auch „*Document Review and Production Resource Kit (Federal)*“ des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter <https://advance.lexis.com/practice-advisor-home>, dort unter „Tools & Resources“ – „Resource Kits“, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1250 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.02 [4] (December 2022).

1251 Z. B. in Patentverletzungsverfahren, vgl. *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 14 ff.

1252 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 14.41 (December 2022); ausf. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.14 [2] (December 2022); zu ausgesuchten Fragen s. u. Kapitel 5 A. III. (S. 349).

1253 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.14 [2][b] (December 2022).

1254 *Costa v. Kerzner International Resorts, Inc.*, 277 F.R.D. 468, 470 (S.D. Fla. 2011).

1255 *Japan Halon Co. v. Great Lakes Chem. Corp.*, 155 F.R.D. 626, 627 (D.N.J. 1991); *Scott v. Arex Inc.*, 124 F.R.D. 39, 41 (D. Conn. 1989); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.14 [2][b] (December 2022).

1256 *Thermal Design, Inc. v. American Society of Heating, Refrigerating & Air-Conditioning Engineers, Inc.*, 755 F.3d 832, 838 (7th Cir. 2014); *Swindell Dressler International Co. v. Travelers Cas. & Sur. Co.*, 827 F. Supp. 498, 505 (W.D. Pa. 2011); *Tiffany (N.J.) LLC v. Qi Andrew*, 276 F.R.D. 143, 147 (S.D.N.Y. 2011); *Alexander v. FBI*, 194

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Partei Zugriff auf die herauszugebenden Beweismittel hat, kann berücksichtigt werden, zu welchem Zweck sie eingesetzt werden, ob sie mit oder aus Mitteln der beweisverpflichteten Partei hergestellt wurden, wie diese genutzt werden, wer tatsächlich Zugriff auf die Beweismittel hatte oder inwieweit die Beweismittel zu bestimmt sind, den Interessen der offenlegungsverpflichteten Partei zu dienen.¹²⁵⁷ Grundsätzlich verbleiben beispielsweise Unterlagen, die eine Partei ihrem Anwalt übergeben hat, in ihrer *control*.¹²⁵⁸ Auch Patientenunterlagen, die beim Arzt der Partei aufbewahrt werden, befinden sich grundsätzlich im Herrschaftsbereich der Partei.¹²⁵⁹

b) Der Zugriff auf Beweismittel in Arbeitsverhältnissen

Wann sich ein Beweismittel so im Herrschaftsbereich des Offenlegungsschuldners befindet, dass er zur Herausgabe des Beweismittels verpflichtet ist, lässt sich besonders anschaulich in Arbeitsverhältnissen darstellen. Es geht um Fälle, in denen sich das vom Klagegegner des Arbeitgebers begehrte Beweismittel im unmittelbaren Herrschaftsbereich eines seiner Angestellten befindet.

aa) Allgemeines

Grundsätzlich ist dabei anerkannt, dass Arbeitgeber angehalten sein können, Unterlagen, insbesondere E-Mails, vorzulegen, die sich im Besitz ihrer Angestellten befinden.¹²⁶⁰ In *Chevron Corp. v. Salazar* verlangte der Kläger Einsicht in E-Mails, die im privaten E-Mail-Konto einer Angestellten des

F.R.D. 299, 301 (D.D.C. 2000); *Prokosch v. Catalina Lighting, Inc.*, 193 F.R.D. 633, 636 (D. Minn. 2000); *Green v. Fulton*, 157 F.R.D. 136, 142 (D.Me. 1994); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.14 [2][b] (December 2022).

1257 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.14 [2][b] (December 2022).

1258 *Hanson v. Gartland S.S.Co.*, 34 F.R.D. 493, 496 (N.D. Oh. 1964); *Kane v. New Syndicate Co.*, 1 F.R.D., 739 (S.D.N.Y. 1941).

1259 *Z. B. Carlson v. Geneva City Sch. Dist.*, 277 F.R.D. 90, 96 (W.D.N.Y. 2011); weitere Einzelfälle s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.14 [2][c] (December 2022); s. auch u. Kapitel 5 A. III. 1. a) (S. 352) zur Herausgabe von Beweismitteln, die sich im Besitz von Angestellten und Tochtergesellschaften befinden.

1260 *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Dated June 13, 1983 and June 22, 1983*, 722 F.2d 981, 984 (2d Cir. 1983); *Caston v. Hoaglin*, 2009 WL 1687927, at *3 (S.D.

Nebenintervenienten (*intervenor*) gespeichert waren. Dieser hatte selbst keinen Zugriff auf dieses E-Mail-Konto, weshalb die Angestellte meinte, ihr Arbeitgeber hätte weder „*custody [n]or control [n]or access to her Gmail account.*“¹²⁶¹ In Ermangelung eines gesonderten E-Mail-Kontos für die geschäftliche Korrespondenz wurde diese jedoch vollständig über die private E-Mail-Adresse der Angestellten abgewickelt.¹²⁶² Die Angestellte hatte außerdem angegeben, dass sie alle geschäftlichen E-Mails an den Nebenintervenienten herausgegeben hätte, wäre sie dazu aufgefordert worden. Nachdem auch tatsächliche Hindernisse der Vorlage nicht im Wege standen, erkannte das Gericht kurzerhand, dass diese E-Mails vom maßgeblichen Vorlagebeschluss erfasst waren.¹²⁶³ Entscheidend kommt es jedoch stets darauf an, dass die Beweismittel einen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben.¹²⁶⁴

In diesen Fällen muss der Offenlegungsschuldner sorgfältig ausgewählt werden. Befinden sich bestimmte Unterlagen im Eigentum des Arbeitgebers, so ist dieser der richtige Anspruchsgegner, auch wenn sich die Unterlagen im Besitz eines Angestellten befinden. Der Arbeitnehmer kann dann nicht im Wege der *third party discovery* zur Offenlegung verpflichtet werden.¹²⁶⁵ Auf diese Weise wird ein Gleichlauf der im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigenden Interessen erreicht, weil so nur die Interessen des Klagegegners, nicht aber auch die des Angestellten berücksichtigt werden müssen.¹²⁶⁶

Zum Schwur kommt es in Fällen, die *Chevron v. Salazar* zwar grundsätzlich vergleichbar sind, in denen sich die Angestellte aber weigert, die E-Mails an seinen Arbeitgeber herauszugeben. Hier wird man zunächst kaum davon ausgehen können, dass der Arbeitgeber dahingehend auf den Arbeitnehmer einwirken kann, dass er Zugang zu dessen privatem E-Mail-Konto verlangen kann.

Ohio, June 12, 2009); *Miniac v. Pacific Maritime Association*, 2006 WL 335389, at *2 (N.D. Cal. Feb. 13, 2006).

1261 *S. Chevron Corp. v. Salazar*, 275 F.R.D. 437, 448 (S.D.N.Y. 2011).

1262 *Chevron Corp. v. Salazar*, 275 F.R.D. 437, 448 (S.D.N.Y. 2011).

1263 *Chevron Corp. v. Salazar*, 275 F.R.D. 437, 449 (S.D.N.Y. 2011).

1264 *Schaaf v. SmithKline Beecham Corp.*, 233 F.R.D. 451, 455 (E.D.N.C. 2005); *Rodger v. Electronic Data Sys. Corp.*, 155 F.R.D. 537, 542 (N.C.E.D. 1994); RICHTER, 82 TENN. L. REV. 443, 446 (2015).

1265 *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Dated June 13, 1983 and June 22, 1983*, 722 F.2d 981, 984 (2d Cir. 1983); *Schaaf v. SmithKline Beecham Corp.*, 233 F.R.D. 451, 455 (E.D.N.C. 2005).

1266 *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Dated June 13, 1983 and June 22, 1983*, 722 F.2d 981, 984 (2d Cir. 1983).

bb) *Bring your own device*

aaa) Allgemeine Ausführungen und Interessenkonflikt

Das zuletzt beschriebene Problem ergibt sich besonders häufig, wenn die begehrten Informationen auf Geräten der Mitarbeiter gespeichert sind. Wurde dieses Gerät vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt, wird er regelmäßig darauf hinwirken können, dass der Mitarbeiter ihm das gesamte Gerät zur Verfügung stellt.

Schwieriger sind Fälle, in denen Mitarbeiter private Geräte im Rahmen eines *bring your own device*-Programms auch dienstlich nutzen.¹²⁶⁷ Das sind Programme, die den Einsatz privater IT-Geräte¹²⁶⁸ von Mitarbeitern im Unternehmen ermöglichen.¹²⁶⁹ Besonders vorteilhaft ist dabei, dass die Mitarbeiter mit diesen Geräten bereits vertraut sind und die eingesetzten Geräte oftmals aktueller sind, als die von einem Unternehmen bereitgestellten Geräte. Für den Arbeitgeber ist ein solches Programm besonders attraktiv, weil die Mitarbeiter zufrieden gestellt und Kosten gespart werden.¹²⁷⁰

Die unterschiedlichen Interessenlagen und Schwierigkeiten lassen sich anhand eines Kartellsachverhalts anschaulich darstellen: Wird das Verhalten eines Kartellanten maßgeblich über das Smartphone eines Mitarbeiters gesteuert, hat dieser ein erhebliches Interesse, dass seine – unter Umständen auch strafrechtlich relevante – Kommunikation nicht offengelegt werden muss. Auch seine private Kommunikation, die mit der Kartellabsprache nichts zu tun hat, geht seinen Arbeitgeber grundsätzlich nichts an. Kaum angemessen (und zulässig) wird es sein, dass der Arbeitgeber Zugriff auf alle Textnachrichten, die vom Arbeitnehmer empfangen oder gesendet werden, verlangt. Genauso wenig sachgerecht scheint es jedoch, ihm überhaupt keinen Zugriff auf diese Informationen einzuräumen.

Es kann zunächst festgehalten werden, dass der Arbeitgeber auf bestimmte Informationen keinen Zugriff haben darf, auf andere Informationen aber Zugriff haben muss. Soweit der auf Offenlegung in Anspruch genommene Arbeitgeber Zugriff auf diese Informationen hat, muss er auch

1267 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 39.

1268 Neben PCs, Laptops und Smartphones kommen auch zahlreiche weitere elektronische Geräte in Betracht, s. RICHTER, 82 TENN. L. REV. 443, 445 (2015).

1269 RICHTER, 82 TENN. L. REV. 443, 444 (2015).

1270 *Imping*, in: Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, 37. EL (Mai 2022), Kap. 70.II Rn. 63; *Hoppe*, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, B. IX. Rn. 677; RICHTER, 82 TENN. L. REV. 443, 446 (2015); *Arning/Moos/Becker*, CR 2012, 592.

die Informationen offenlegen, die auf dem Gerät eines Arbeitnehmers gespeichert sind.¹²⁷¹

bbb) *Pradaxa, Cotton und Ewald*

Entscheidend kommt es damit darauf an, ob der zur Offenlegung Verpflichtete Zugriff auf die fraglichen Informationen hat. Genau diese Frage hat in den Vereinigten Staaten bereits unterschiedliche Gerichte beschäftigt, die diesbezüglich zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen sind. In *re Pradaxa*¹²⁷² hat einen Produkthaftungsfall zum Gegenstand, in dem die Kläger die Offenlegung verschiedenster „business related text messages“ verlangten, die auf den Mobiltelefonen von Angestellten der Beklagten gespeichert waren. Der Beklagten wurde außerdem vorgeworfen, diese Nachrichten nicht ausreichend gesichert zu haben.¹²⁷³ Das Gericht entschied schließlich im Sinne der Kläger: Die Beklagte musste sicherstellen, dass ihren Angestellten klar ist, welche Informationen aufzubewahren sind.¹²⁷⁴ Grundlage dieser Entscheidung war die Feststellung, dass sich die Informationssicherungspflicht im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* auch auf diejenigen Informationen erstreckt, die auf den privaten Telefonen der Angestellten gespeichert sind.¹²⁷⁵

In *Cotton v. Costco*¹²⁷⁶, einem Fall, in dem der Beklagten die Diskriminierung und Belästigung eines Arbeitnehmers vorgeworfen wurde, kam ein

1271 Die EU-Kommission geht in vergleichbarer Weise davon aus, dass sie gemäß Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 (Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln) berechtigt ist, diese Geräte zu untersuchen, vgl. Explanatory note on Commission Inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003 (revised 11 September 2015), Ziff. 10 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf, zuletzt abgerufen am 11.07.2023); kritisch dazu S Kinsella, 'The EU Commission publishes an explanatory note on its powers of investigation' e-Competitions Bulletin (September 2015), art no 76175.

1272 *In re Pradaxa (Dabigatran Etxilate) Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 173674 (S.D. Ill. Dec. 9, 2013).

1273 *In re Pradaxa (Dabigatran Etxilate) Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 173674, at *3 (S.D. Ill. Dec. 9, 2013).

1274 *In re Pradaxa (Dabigatran Etxilate) Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 173674, at *58 (S.D. Ill. Dec. 9, 2013).

1275 *In re Pradaxa (Dabigatran Etxilate) Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 173674, at *63 (S.D. Ill. Dec. 9, 2013).

1276 *Cotton v. Costco Wholesale Corp.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 103369 (D. Kan. July 24, 2013).

anderes Gericht zum gegenteiligen Ergebnis. Der Kläger hatte hier beantragt, die Beklagte solle Textnachrichten offenlegen, die auf den privaten Mobiltelefonen seiner früheren Kollegen gespeichert seien.¹²⁷⁷ Das Gericht konnte aber nicht feststellen, dass die Beklagte in irgendeiner Weise Zugriff auf diese Textnachrichten hätte.¹²⁷⁸ Ob das Gericht die Offenlegung angeordnet hätte, wenn der Kläger hätte beweisen können, dass er in diesen Nachrichten erwähnt worden war oder die Angestellten ihre Mobiltelefone zur geschäftlichen Zwecke nutzten, bleibt offen.¹²⁷⁹

Auch *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*¹²⁸⁰ liegt eine Diskriminierungsklage zugrunde. Zum Beweis der Diskriminierung wollte die Klägerin die Telefone, Speicherkarten und Tablets früherer Kollegen untersuchen.¹²⁸¹ Anders als *Cotton* konnte *Ewald* jedoch Zeugen benennen und andere Beweismittel vorlegen, die darauf hindeuteten, dass die herausverlangten Textnachrichten tatsächlich existierten.¹²⁸² Außerdem trug sie vor, es sei üblich gewesen, dass die Textnachrichten in einem offiziellen Archiv gesammelt würden.¹²⁸³ Soweit sie beweisen konnte, dass auf den Telefonen ihrer früheren Kollegen für den Rechtsstreit relevante Nachrichten gespeichert waren, ordnete das Gericht die Vorlage dieser Geräte an. Wo ein entsprechender Beweis nicht geführt wurde, lehnte das Gericht die Offenlegung ab.¹²⁸⁴

Die unterschiedlichen Ergebnisse zeigen die Notwendigkeit einheitlicher Standards, wenn es um die Offenlegung von Beweismitteln geht, die sich nicht im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Offenlegungsschuldners befinden. Es wird aber ebenso deutlich, dass die Tatsachengrundlage, auf die ein Offenlegungsverlangen gestützt wird, entscheidend ist für Frage, ob dem Offenlegungsverlangen stattgegeben wird.

1277 *Cotton v. Costco Wholesale Corp.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 103369, at *17 (D. Kan. July 24, 2013).

1278 Im Übrigen sei diese *Request for Production* auch zu weit gefasst, *Cotton v. Costco Wholesale Corp.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 103369, at *18 (D. Kan. July 24, 2013).

1279 RICHTER, 82 TENN. L. REV. 443, 451 (2015).

1280 *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 164828 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

1281 *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 164828, at *26 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

1282 *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 164828, at *28 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

1283 Plaintiff's Memorandum of Law in Support of Motion to Compel Discovery at 18, *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, No. 11-cv-02116, 2013 WL 6094600 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

1284 *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 164828, at *31 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

c) Zeitpunkt und Formalitäten der Anfrage

Ohne abweichende gerichtliche Genehmigung, kann die Besichtigung der von *FRCP 34* erfassten Gegenstände erst nach Abschluss der *pre-trial conference* verlangt werden.¹²⁸⁵ Die begehrten Beweismittel müssen in der schriftlich zu formulierenden Anfrage¹²⁸⁶ konkret bezeichnet werden. Allerdings genügt auch die Bezeichnung der Art der herausverlangten Beweismittel (*category of items*).¹²⁸⁷ Die begehrten Gegenstände müssen jedoch in jedem Fall hinreichend genau beschrieben werden (*FRCP 34(b)(1)(A)*). Eine allgemeine Vorgabe, wann ein ausreichender Grad an Genauigkeit erreicht ist, kann aber nicht formuliert werden.¹²⁸⁸ Es kommt darauf an, ob ein verständiger Dritter erkennen kann, welche Beweismittel herausverlangt werden.¹²⁸⁹ Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles. Daher kann es auf bereits vorhandenes Wissen einer Partei¹²⁹⁰ ebenso ankommen wie auf den Fortschritt des Verfahrens.¹²⁹¹ Allerdings ist eine Partei nicht verpflichtet, zunächst von anderen Methoden der *pre-trial discovery* Gebrauch zu machen, um sich über die Existenz weiterer Beweismittel in Kenntnis zu setzen.¹²⁹²

d) Reaktion auf die Anfrage

Die Adressatin einer Vorlageanfrage hat nach deren Erhalt dreißig Tage Zeit, um darauf einzugehen (*FRCP 34(b)(2)(A)*). In Betracht kommen drei

1285 Ausf. dazu s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.10 (December 2022).

1286 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.11 [2] (December 2022).

1287 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.11 [1] (December 2022).

1288 *Mallinckrodt Chemical Works v. Goldman, Sachs & Co.*, 58 F.R.D. 348, 535 (S.D.N.Y. 1973) ("The 'reasonable particularity' requirement is not susceptible to exact definition. What is reasonably particular is dependent upon the facts and circumstances in each case.").

1289 *Bruggeman v. Blagojevich*, 219 F.R.D. 430, 436 (N.D. Ill. 2004) ("The test for reasonable particularity is whether the request places a party upon 'reasonable notice of what is called for and what is not.'"); *In re Folding Carton Antitrust Litigation*, 76 F.R.D. 420, 424 (N.D. Ill. 1977); *Mallinckrodt Chemical Works v. Goldman, Sachs & Co.*, 58 F.R.D. 348, 354 (S.D.N.Y. 1973).

1290 *Westhemeco, Ltd. v. New Hampshire Ins. Co.*, 82 F.R.D. 702, 709 (S.D.N.Y. 1979).

1291 *Taylor v. Florida Atl. Univ.*, 132 F.R.D. 304, 305 (S.D. Fla. 1990) bestätigt durch 976 F.2d 743 (11th Cir. 1992).

1292 S. hierzu ausf. und mit zahlreichen weiteren Beispielen und Nachweisen 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.11 [4] (December 2022).

Antwortmöglichkeiten.¹²⁹³ Die angefragte Partei kann der Anfrage zunächst zustimmen und muss das angefragte Beweismittel dann auch bereitstellen (FRCP 34(b)(2)(B)). Es muss alles vorgelegt werden, was von FRCP 26 erfasst wird. In Betracht kommen etwa Geschäftsbücher, Patientenakten, Steuerbescheide, Sozialversicherungsnachweise, Fotografien, Verträge oder Fingerabdrücke.¹²⁹⁴ Die Antwort muss erkennen lassen, auf welche Weise die vorgelegten Gegenstände untersucht werden dürfen.¹²⁹⁵ Werden die für den Fall relevanten Beweise vorgelegt, so müssen diese einer spezifischen Anfrage zugeordnet werden.¹²⁹⁶

Die Partei kann aber auch vorschlagen, dass die Vorlage unter anderen als den vorgeschlagenen Modalitäten durchgeführt wird. Schließlich kann diese Partei die Vorlage unter Angabe eines bestimmten Grundes verweigern (*objection*).¹²⁹⁷ Ist die Vorlage nicht möglich, muss der Grund für die Unmöglichkeit der Vorlage angegeben werden.¹²⁹⁸ Außerdem kann auch in diesem Fall der Erlass einer Schutzanordnung beantragt werden.¹²⁹⁹

e) Dokumentenvorlage

Dokumente¹³⁰⁰ sind so vorzulegen, wie es in der maßgeblichen Branche üblich ist. Alternativ können sie so angeordnet werden, dass die Organisation der Dokumente der Reihenfolge aus der Vorlageanfrage entspricht.¹³⁰¹ Ins-

1293 Jayne H. Lee, Inc. v. Flagstaff Indus. Corp., 173 F.R.D. 651, 656 (D. Md. 1997) (“In short, there are only three appropriate responses to a request for production of documents: (1) an objection to the scope, time, method and manner of the requested production; (2) an answer agreeing to the requested scope, time, place and manner of the production; or (3) or a response offering a good faith, reasonable alternative production, which is definite in scope, time, place or manner.”).

1294 7 MOORE’S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.12 [2] (December 2022).

1295 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 14.04 (December 2022).

1296 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 14.04 (December 2022).

1297 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 14.07 (December 2022); 7 MOORE’S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.13 [2][b] (December 2022); s. dazu schon o. Kapitel 3 B. III. 2. c) (S. 220); ausf. u. Kapitel 3 C. V. (S. 252).

1298 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 14.06 (December 2022).

1299 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 14.08 (December 2022).

1300 Das *common law* kennt keinen eigenständigen Urkundenbegriff, sodass der Begriff „Dokumente“ hier als Oberbegriff für schriftliche Unterlagen wird, vgl. auch Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 6.

1301 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 14.52 [2] (December 2022); 7 MOORE’S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.14 [3] (December 2022).

besondere in Verfahren, in denen Dokumente in großem Umfang Gegenstand der Vorlageanfrage sind, ist es unerlässlich, ein verständliches System der Dokumentenverwaltung einzuführen und zu beachten.¹³⁰² Anstatt der Vorlage des Originals eines Schriftstücks, ist auch die Übermittlung einer Kopie zulässig (*FRCP 34(b)(2)(B)*).

Üblicherweise trägt die antwortende Partei die Kosten der Dokumentenvorlage, während die anfragende Partei die mit der Anfertigung von Kopien und der unter Umständen notwendigen Übersetzung der Dokumente verbundenen Kosten trägt. Kann ein Dokument nur unter Zuhilfenahme weiterer Hilfsmittel gelesen werden, so kann die vorlegende Partei verpflichtet sein, die Kosten dafür zu übernehmen. Diese Regelungen können vom Gericht unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen modifiziert werden.¹³⁰³ Der anfragenden Partei darf die Einsicht in diese Dateien nicht absichtlich erschwert werden.¹³⁰⁴

f) Elektronisch gespeicherte Daten

aa) Bedeutung

FRCP 34 erlaubt auch das Anfordern elektronisch gespeicherter Daten.¹³⁰⁵ Es braucht kaum ausgeführt werden, welche Bedeutung die Offenlegung elektronischer Daten in von *Big Data* geprägten Zeiten¹³⁰⁶ und vor dem Hintergrund der allgegenwärtigen Datensammlung und -verarbeitung

1302 S. dazu 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 15 (December 2022).

1303 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 14.53 (December 2022) m. w. N.

1304 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.14 [3] (December 2022).

1305 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.09 (December 2022); Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 11 m. w. N.; z. Ganzen ARKFELD, ARKFELD ON ELECTRONIC DISCOVERY AND EVIDENCE (2020); 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 24 (December 2022); GREINIG & GLEISNER III., EDISCOVERY & DIGITAL EVIDENCE (2019); s. auch „E-discovery Resource Kit (Federal)“ des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter <https://advance.lexis.com/practice-advisor-home>, dort unter „Tools & Resources“ – „Resource Kits“, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1306 S. nur 1 ARKFELD, ARKFELD ON ELECTRONIC DISCOVERY AND EVIDENCE § 1.1 (2022).

durch Unternehmen erlangt hat.¹³⁰⁷ Die maßgeblichen Vorschriften haben einen denkbar weiten Anwendungsbereich.¹³⁰⁸

Illustrativ ist dabei der Fall *Zubulake v. UBS Warburg*.¹³⁰⁹ Der Klägerin wurde – für diese nicht nachvollziehbar – der berufliche Aufstieg im Unternehmen verweigert, woraufhin eine Auseinandersetzung mit ihren Vorgesetzten folgte. Diese Auseinandersetzung führte zu einem Gerichtsverfahren, in dem die Beklagte lediglich 120 E-Mails vorlegte, die für den Fall von Bedeutung sein sollten. Auf der anderen Seite konnte die Klägerin selbst bereits 400 solcher E-Mails vorlegen. Mit Verweis auf die streng regulierte Finanzbranche gelang es den Prozessvertretern der Klägerin, das Gericht davon zu überzeugen, dass die 120 von der Beklagten vorgelegten E-Mails unmöglich alle für den Fall bedeutsamen E-Mails sein konnten, auch wenn die Beklagte behauptete, weitere E-Mails würden nicht existieren.¹³¹⁰ Im Zuge der *pre-trial discovery* stellte sich sodann heraus, dass die fraglichen Informationen auf Backup-Bändern gespeichert waren. Die Beklagte trug vor, es würde über 300.000 USD kosten, die Informationen auszuwerten, was in diesem Fall unverhältnismäßig wäre.¹³¹¹ Die Prozessvertreter der Klägerin hielten diese Summe für deutlich zu hoch geschätzt und verlangten eine Erklärung der Gegenseite. Anstatt einer solchen Erklärung erhielten sie jedoch ein Schreiben des *Magistrate Courts* der die *pre-trial discovery* in diesem Fall beaufsichtigte.

Das Gericht hatte zunächst zu entscheiden, welche der Parteien die Kosten der *discovery* in diesem Fall tragen sollte.¹³¹² Nachdem das Gericht wiederholt feststellen musste, dass die Beklagte E-Mails teilweise gelöscht oder nicht gespeichert hatte,¹³¹³ erließ es eine *adverse inference instruction*, mit der die *jury* angewiesen wurde, alle Behauptungen der Klägerin, die die Beklagte nicht durch Beweismittel entkräften konnte, als zugestanden zu

1307 S. dazu nur 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.09 (December 2022).

1308 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.09 (December 2022).

1309 *Zubulake v. UBS Warburg*, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004).

1310 S. LI, 2014 ABA JOURNAL 48, 50 (2014).

1311 LI, 2014 ABA JOURNAL 48, 50 (2014); zur Unverhältnismäßigkeit s. u. Kapitel 3 C. II. (S. 245).

1312 S. dazu *Zubulake v. UBS Warburg*, 217 F.R.D. 309 (2003); *Zubulake v. UBS Warburg*, 216 F.R.D. 280 (2003).

1313 Dies wurde schon zuvor festgestellt, allerdings wurde hier noch nicht zulasten der Beklagten entschieden vgl. *Zubulake v. UBS Warburg*, 220 F.R.D. 212 (2003).

werten.¹³¹⁴ Diese Entscheidung,¹³¹⁵ wird heute als Meilenstein („*landmark*“) der *pre-trial discovery* bezeichnet.¹³¹⁶ Erstmals wurde durch ein Gericht geklärt, in welchem Umfang Parteien eines Rechtsstreits elektronische Daten sichern und vorhalten müssen, dass ihre Prozessvertreter dies zu überwachen haben und welche Folgen das Missachten einer solchen Pflicht haben kann. Allerdings verlor die Beklagte den Prozess wohl auch deshalb, weil sie ihre Zeugen nicht ausreichend vorbereitet hatte.¹³¹⁷

Diese Entscheidung war die Grundlage für eine Industrie, die heute unter dem Begriff *e-discovery* Milliarden umsetzt.¹³¹⁸ *E-discovery*-Dienstleister unterstützen vor allem Unternehmen dabei, ihre elektronischen Daten so zu sichern und aufzubereiten, dass sie im Falle eines Rechtsstreits zu Zwecken der *pre-trial discovery* offengelegt werden können. Außerdem war diese Entscheidung Grundlage für die gesetzliche Vorgaben zur *e-discovery* (FRCP 34(b)(2)(E)).

bb) Art und Weise der Vorlage elektronischer Daten

In welcher Art und Weise die elektronischen Daten zur Verfügung gestellt werden, wird typischerweise zwischen den Parteien vereinbart.¹³¹⁹ Gegenstand dieser Vereinbarung sind etwa die Art, der Umfang und der Zeitpunkt der Offenlegung, die Formatierung der Daten oder auch ob die Daten am Sitz des Gegners eingesehen werden.¹³²⁰ Auch wenn solche Vereinbarungen für die Vorlage von Dokumenten oder Augenscheinsobjekten

1314 *Zubulake v. UBS Warburg*, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004); zum Begriff der *adverse inference instruction* vgl. BLACK'S LAW DICTIONARY, jury instruction – adverse-inference instruction (2019). Dabei mag es für die Klägerin von Vorteil gewesen sein, dass die zuständige Richterin kurz zuvor bereits einen Aufsatz, der sich mit genau dieser Thematik auseinandersetzt, veröffentlicht hat. Vgl. SCHEINDLIN & RABKIN, 41 B.C. L. REV. 327 (2000).

1315 Diese Entscheidung ist auch als *Zubulake V* bekannt, weil es sich um die fünfte von fünf vorprozessualen Entscheidungen handelt, die das Gericht in diesem Fall zu entscheiden hatte, vgl. LI, 2014 ABA JOURNAL 48 (2014).

1316 So LI, 2014 ABA JOURNAL 48 (2014).

1317 Vgl. LI, 2014 ABA JOURNAL 48, 51 (2014).

1318 LI, 2014 ABA JOURNAL 48 (2014).

1319 1 ARKFELD, ARKFELD ON ELECTRONIC DISCOVERY AND EVIDENCE § 6.3 (E)(1) (2022).

1320 1 ARKFELD, ARKFELD ON ELECTRONIC DISCOVERY AND EVIDENCE § 6.3 (E)(1) (2022).

üblich sind, muss doch im Rahmen der *e-discovery* hier besonders sorgfältig gearbeitet werden.¹³²¹

Sofern sich aus der Anfrage keine bestimmten Vorgaben hinsichtlich der Formatierung der Daten ergeben, die Parteien sich darüber nicht verständigt haben und auch das Gericht keine dies betreffende Anordnung erlassen hat, so müssen die Daten entweder in einer Art und Weise überreicht werden, die in der maßgeblichen Branche üblich ist oder in der sie von der anderen Partei sinnvoll verwertet werden können (*FRCP 34(b)(2)(E)(ii)*). Die Daten müssen aber nicht in mehr als einer Form vorgelegt werden.¹³²² Auch wenn Daten für die andere Partei verwertbar sind, darf die Verwertung der Daten nicht unnötig behindert werden. Sind die Daten etwa für die vorlegende Partei durchsuchbar, so darf diese Eigenschaft nicht entfernt oder beeinträchtigt werden.¹³²³ Ein Ausdruck der Dateien wird diesen Anforderungen regelmäßig nicht gerecht werden.¹³²⁴ Vielmehr ist meist die Vorlage der Daten in digitaler Form die kostensparendste und nutzerfreundlichste Alternative.¹³²⁵ Allerdings sind damit auch nicht zu unterschätzende Risiken verbunden. In digitaler Form enthalten Dateien häufig „Metadaten“, die Rückschlüsse auf die Entstehung der Datei zulassen. Dabei ist umstritten, ob diese Metadaten entfernt werden dürfen.¹³²⁶

1321 GRENIG & GLEISNER III., *eDISCOVERY & DIGITAL EVIDENCE* § 7.1 (2019).

1322 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 14.52 (December 2022).

1323 *FRCP 34(b)* advisory committee's note (2006), wörtlich wiedergegeben bei 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34. App.08[2] (December 2022); *Aguilar v. Immigration & Customs Enforcement Div.*, 255 F.R.D. 350, 355 (S.D.N.Y. 2008) (“...if the ESI [electronically stored information] is kept in an electronically-searchable form, it ‘should not be produced in a form that removes or significantly degrades this feature.’”); *Nat’l Jewish Health v. WebMD Health Serv.s Group*, 305 F.R.D. 247, 252 (D. Colo. 2014).

1324 GRENIG & GLEISNER III., *eDISCOVERY & DIGITAL EVIDENCE* § 7.24 (2019).

1325 GRENIG & GLEISNER III., *eDISCOVERY & DIGITAL EVIDENCE* § 7.25 (2019).

1326 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 24.02 (December 2022); s. dazu GRENIG & GLEISNER III., *eDISCOVERY & DIGITAL EVIDENCE* § 7.26 (2019).

g) Augenscheinsobjekte und Zugang zu Grundstücken

Schließlich erlaubt *FRCP* 34(a) auch die Untersuchung von Gegenständen (*tangible things*)¹³²⁷ und Immobilien (*land and other property*)¹³²⁸, wobei sich auch hier der maßgebliche Umfang der Untersuchungsrechte aus *FRCP* 26(b) ergibt.¹³²⁹ Dritte können gemäß *FRCP* 45 dazu gezwungen werden, die Untersuchung zu ermöglichen. Im Wesentlichen gilt das zur Dokumentenvorlage Ausgeführte entsprechend.

Während dort aber Dokumenteneinsicht und Anfertigen einer Kopie im Vordergrund stehen, spielt hier die Erlaubnis zur Durchführung von Tests und zur Entnahme von Proben eine wesentliche Rolle.¹³³⁰ Auch die Untersuchung durch Sachverständige wird regelmäßig zulässig sein.¹³³¹ Ist zu befürchten, dass der zu untersuchende Gegenstand beschädigt oder zerstört wird, so kann eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden.¹³³² Das Gericht wird dann die gegenläufigen Interessen abzuwägen haben.¹³³³

4. Körperliche oder geistige Untersuchung (*physical and mental examination*)

Gemäß *FRCP* 35 kann das Gericht auf Antrag¹³³⁴ einer Partei die geistige oder körperliche Untersuchung der anderen Partei (oder eines Mündels dieser Partei)¹³³⁵ anordnen. Ein von der den Antrag stellenden Partei ausge-

1327 Zum Begriff und zu Beispielen s. 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 20.09 (December 2022).

1328 Zum Begriff und zu Beispielen s. 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 20.10 (December 2022); zu zulässigen Untersuchungsformen s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.15 (December 2022).

1329 Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 40.

1330 S. auch 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 20.10 [3] (December 2022) m. w. N.

1331 *New York State Ass'n for Retarded Children v. Carey*, 706 F.2d 956, 960 (2d Cir. 1983); *Eirhart v. Libbey-Owens-Ford Co.*, 93 F.R.D. 370, 372 (N.D. Ill. 1981).

1332 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.14 [6] (December 2022); z. B. *Ostrander v. Cone Mills, Inc.*, 119 F.R.D. 417, 419 (D. Minn. 1988).

1333 *Komar Invs., Inc. v. Zurich Am. Ins. Co.*, 331 F.R.D. 181, 183 (S.D. Fla. 2019); *Mirchandani v. Home Depot, U.S.A., Inc.*, 235 F.R.D. 611, 614 (D.Md. 2006); *Ostrander v. Cone Mills, Inc.*, 119 F.R.D. 417, 419 (D. Minn. 1988).

1334 Zum Inhalt des Antrags s. 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.06, § 21.07 (December 2022) Beispiele für den Antrag, die u. U. notwendige Versicherung an Eides statt und die stattgebende Entscheidung des Gerichts in 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.100–102 (December 2022).

1335 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.03 (December 2022).

wählter Arzt untersucht dann die Verfassung einer Person,¹³³⁶ soweit die Parteien darüber keine Einigkeit erzielen können.¹³³⁷ Eine solche Untersuchung ist nur unter strengen Voraussetzungen und nach Anordnung des Gerichts zulässig. Die körperliche oder geistige Verfassung muss ernsthaft in Zweifel stehen (*in controversy*)¹³³⁸ und es muss einen wichtigen Grund (*good cause*)¹³³⁹ für die Untersuchung geben (*FRCP 35(a)*). Der Gesundheit der untersuchenden Partei muss streitentscheidende Bedeutung zu kommen. Es ist offensichtlich, dass dieses Instrument der *pre-trial discovery* mit einem erheblichen Eingriff in die Intimsphäre einer Partei verbunden ist,¹³⁴⁰ so dass hiervon nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wird und andere Informationsquellen vorrangig heranzuziehen sind.¹³⁴¹

a) Beteiligte

Grundsätzlich kann die Untersuchung jeder Partei angeordnet werden. Ist die Partei minderjährig, können auch deren gesetzliche Vertreter verpflichtet werden, die Untersuchung der Partei zu ermöglichen. (*FRCP 35(a) (1)*). Letzteres spielt vor allem eine Rolle, wenn Eltern wegen eines Personenschadens des Kindes klagen oder die Vaterschaft festgestellt werden muss.¹³⁴² Schließlich soll auch der Leichnam auf diese Weise untersucht werden können.¹³⁴³ Wird der Anordnung nicht Folge geleistet, kann diese gemäß *FRCP 37* durchgesetzt werden.¹³⁴⁴

1336 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.07 [2] (December 2022).

1337 Verständlicherweise erscheint es empfehlenswert hier einen weitgehenden Konsens der Parteien herbeizuführen, so auch 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.04 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.02 [5] (December 2022).

1338 Gemeint ist eine über den sonst erforderlichen Grad der Bedeutsamkeit (*relevance*) hinausgehender Stellenwert gerade dieser Art der Beweisermittlung, vgl. 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.08 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.03 (December 2022).

1339 S. dazu auch 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.09 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.04 (December 2022).

1340 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 13.

1341 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.05 (December 2022).

1342 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.06 (December 2022).

1343 *In re Certain Asbestos Cases*, 112 F.R.D. 427 (N.D. Tex. 1986).

1344 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.13 (December 2022); ausf. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.11 (December 2022); s. u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261).

Die Untersuchung darf nur von einem entsprechend zugelassenen oder zertifizierten Sachverständigen vorgenommen werden. Je nach Fall kommen hier etwa Allgemeinmediziner, Psychologen und sonstige Fachärzte in Betracht.¹³⁴⁵ *FRCP* 35 beschränkt weder die Zahl der Untersuchungen noch die Zahl der Personen, die eine Person untersuchen sollen. Allerdings wird an eine wiederholte Untersuchung nur unter besonderen Voraussetzungen anzuordnen sein.¹³⁴⁶ Das Gericht kann im Rahmen der Anordnung der Untersuchung auch bestimmen, dass Dritte an der Untersuchung teilnehmen dürfen. Meist wird die Anwesenheit des Prozessvertreters oder eines Sachverständigen der Gegenseite nicht geboten sein.¹³⁴⁷

b) Art und Weise der Untersuchung

Soweit es um die Frage geht, in welcher Art und Weise die Untersuchung durchgeführt wird, wird dem Gericht ein großer Beurteilungsspielraum eingeräumt.¹³⁴⁸ In welcher Art und Weise die Untersuchung durchzuführen ist, ist von der wissenschaftlichen Belastbarkeit und Zuverlässigkeit der in Frage kommenden Methoden abhängig.¹³⁴⁹ Ist die Untersuchung gefährlich oder mit Schmerzen für den zu Untersuchenden verbunden, so kann das Gericht die Anordnung der Untersuchung ablehnen.¹³⁵⁰ Die Untersuchung wird typischerweise an dem Ort durchgeführt, an dem die Hauptverhandlung stattfinden wird.¹³⁵¹ Die Anfertigung eines Wortprotokolls oder die Videoaufzeichnung der Untersuchung ist regelmäßig nicht notwendig und angesichts der Höchstpersönlichkeit der betroffenen Rechtsgüter der unter-

1345 *Olcott v. LaFiandra*, 793 F. Supp. 487, 492 (D.Vt. 1992); weitere Bsp. in 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.10 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.07 [1] (December 2022).

1346 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.07 [3] (December 2022).

1347 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.12 (December 2022); ausf. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.08 (December 2022).

1348 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.05 (December 2022).

1349 *McDonald v. Southworth*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 52830, at *10 (S.D.Ind. July 10, 2008); *Usher v. Lakewood Engineering & Mfg. Co.*, 158 F.R.D. 411, 413 (N.D. Ill. 1994); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.05 [3] (December 2022).

1350 *Hernandez v. Gulf Oil Corp.* Fed. R. Serv. 2d 1378, 1379 (E.D. Pa. 1976); 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.11 [2] (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.05 [2] (December 2022).

1351 Zu den Ausnahmen s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.09 (December 2022).

suchten Person nicht angemessen.¹³⁵² Nach Abschluss der Untersuchung wird der Untersuchende einen Bericht anfertigen, den er der Partei, die die Untersuchung hat durchführen lassen, zukommen lässt. Auch die Partei, die untersucht worden ist, hat das Anspruch auf Überlassung einer Kopie dieses Berichts.¹³⁵³ Wird diese Kopie nicht zur Verfügung gestellt, kann das Gericht die Vernehmung des Untersuchenden in der Hauptverhandlung ablehnen (*FRCP 35(b)(5)*). Die untersuchte Partei kann dann versuchen, mit Hilfe anderer *discovery*-Methoden an den Bericht zu gelangen (*FRCP 35(b)(6)*).

5. Antrag auf Ablegung eines Geständnisses (*requests for admission*)

Wurden mit Hilfe der beschriebenen *discovery*-Methoden alle dem Sachverhalt zugrundeliegenden Tatsachen aufgedeckt,¹³⁵⁴ kann eine Partei die andere Partei schließlich dazu auffordern,¹³⁵⁵ die umstrittenen Punkte zuzugestehen (*request for admission*). Die gegnerische Partei wird schriftlich aufgefordert, zuzugeben, dass bestimmte Streitpunkte nunmehr unstrittig feststehen. Wird auf eine entsprechende Anfrage nicht geantwortet, so wird dies als Geständnis gewertet.¹³⁵⁶ Soll diese Folge vermieden werden, muss die gegnerische Partei schriftlich auf die Aufforderung antworten und dabei erklären, weshalb sie das Geständnis verweigert.¹³⁵⁷ Insgesamt soll so der in der Hauptverhandlung zu behandelnde streitige Sachverhalt eingegrenzt werden.¹³⁵⁸

Die zum Geständnis aufgeforderte Partei hat verschiedene Möglichkeiten, auf die Anfrage zu antworten.¹³⁵⁹ Sie kann die Tatsache zugestehen¹³⁶⁰ oder dies ablehnen.¹³⁶¹ Sie kann Einspruch (*objection*) gegen die Aufforde-

1352 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.10 (December 2022).

1353 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 21.15 [2] (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 35.12 [1] (December 2022).

1354 Zur Abgrenzung von anderen Methoden der *pre-trial discovery* s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.02 (December 2022).

1355 Zu den Anforderungen an den entsprechenden Antrag s. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.10 (December 2022).

1356 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.03 [1] (December 2022).

1357 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.03, § 36.11 [4] (December 2022).

1358 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 19.01 (December 2022).

1359 S. auch 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 19.05, § 19.41–46 (December 2022).

1360 Dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.11 [5][a] (December 2022).

1361 Dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.11 [5][b] (December 2022).

rung einlegen¹³⁶² oder angeben, dass sie von den fraglichen Umständen keine Kenntnis hat.¹³⁶³ Sie kann außerdem einen Antrag auf Verlängerung der Frist von dreißig Tagen zur Abgabe der Erklärung stellen oder Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung (*protective order*) stellen.¹³⁶⁴

Hält die den Antrag stellende Partei eine Antwort, mit der das Geständnis verweigert wird, für nicht ausreichend begründet, so kann sie dies gerichtlich feststellen lassen.¹³⁶⁵ Folgt das Gericht diesem Antrag, so kann es das Geständnis fingieren (*FRCP 36(a)(6)*). Erscheint dies nicht angemessen, kann das Gericht anordnen, dass die für die Beweisführung notwendigen Kosten zu ersetzen sind.¹³⁶⁶ Eine einmal gegebene Antwort kann nur mit Genehmigung des Gerichts abgeändert oder zurückgezogen werden.¹³⁶⁷

C. Die Grenzen der *pre-trial discovery*

FRCP 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery

[...]

(b) Discovery Scope and Limits.

[...]

(2) Limitations on Frequency and Extent.

- (A) When Permitted. By order, the court may alter the limits in these rules on the number of depositions and interrogatories or on the length of depositions under Rule 30. By order or local rule, the court may also limit the number of requests under Rule 36.
- (B) Specific Limitations on Electronically Stored Information. A party need not provide discovery of electronically stored information from sources that the party identifies as not reasonably accessible because of undue burden or cost. On motion to compel discovery or for a protective order, the party from

1362 Dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.11 [5][c] (December 2022); s. u. Kapitel 3 C. V. (S. 252).

1363 Dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.11 [5][d] (December 2022).

1364 Dazu 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.11 [5][e] (December 2022); s. u. Kapitel 3 E. I. (S. 256).

1365 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.12 (December 2022).

1366 Z. B. *Thalheim v. Eberheim*, 124 F.R.D. 34, 35-36 (D. Conn. 1988).

1367 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 36.13 (December 2022).

whom discovery is sought must show that the information is not reasonably accessible because of undue burden or cost. If that showing is made, the court may nonetheless order discovery from such sources if the requesting party shows good cause, considering the limitations of Rule 26(b)(2)(C). The court may specify conditions for the discovery.

- (C) When Required. On motion or on its own, the court must limit the frequency or extent of discovery otherwise allowed by these rules or by local rule if it determines that:
- (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or can be obtained from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive;
 - (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity to obtain the information by discovery in the action; or
 - (iii) the proposed discovery is outside the scope permitted by Rule 26(b)(1).

[...]

Angesichts der schier Reichweite der *pre-trial discovery*¹³⁶⁸ stellt sich sodann die Frage, ob und in welcher Weise diese eingeschränkt wird. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Offenlegung von Beweismitteln nach den *Federal Rules of Civil Procedure* stets für den jeweiligen Rechtsstreit von Bedeutung sein muss. Außerdem muss die Offenlegung dieser relevanten Beweismittel auch verhältnismäßig erscheinen (*FRCP 26(b)(1)*). *FRCP 26(b)(2)(B)* enthält besondere Beschränkungen für die Offenlegung von elektronisch gespeicherten Informationen. Außerdem kann das Gericht die Reichweite der *pre-trial discovery* im Einzelfall beschränken (*FRCP(b)(2)(A), (C)*). Schließlich bestimmen allgemeine Grundsätze des Zivilprozess- und Beweisrechts die Reichweite der *pre-trial discovery*, wenn ein bestimmtes Beweisthema oder die Art und Weise der Beweisführung Grundlage für einen Einspruch (*objection*) der Gegenseite ist.

1368 S. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).

I. Bedeutung für den Rechtsstreit

1. Grundsätzliches

Damit im Rahmen der *pre-trial discovery* die Herausgabe eines Beweismittels verlangt werden kann, muss dieses eine gewisse Relevanz für den Rechtsstreit haben.¹³⁶⁹ Das Kriterium der „Bedeutung für einen Anspruch oder die Verteidigung“ („*is relevant to any party's claim or defense*“) wird dabei sehr weit gefasst.¹³⁷⁰ Zunächst lässt sich mittlerweile immerhin der Bezugspunkt dieses Relevanzkriteriums eingrenzen, nachdem frühere Fassungen von *FRCP 26(b)(1)* so formuliert waren, dass die herausverlangten Beweismittel für den Streitgegenstand (*subject matter*) von Bedeutung sein mussten.¹³⁷¹ Die neue Fassung der Vorschrift engt die Reichweite insofern ein, als klargestellt wird, dass sich ein Beweismittel stets auf ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel beziehen muss und nicht nur in irgendeiner Weise mit dem Rechtsstreit in Berührung gekommen sein muss.¹³⁷² Die *pre-trial discovery* bleibt dennoch geprägt von ihrer enormen Reichweite.¹³⁷³ Erfasst werden alle Informationen, die im Rahmen der Hauptverhandlung oder dieser vorgehenden Anhörungen als Beweismittel präsentiert werden können, wozu auch solche Informationen gehören, die allein dazu geeignet sind, andere Beweismittel in Frage zu stellen oder zu potentiell neuen Beweismitteln zu führen.¹³⁷⁴

Ausgangspunkt der Frage, ob ein Beweismittel für den Rechtsstreit von Bedeutung ist, werden regelmäßig die klageleitenden Schriftsätze (*pleadings*) sein. Allerdings ist es nicht zwingend, dass die fragliche Tatsache in den *pleadings* behauptet wird.¹³⁷⁵ Die Beweiserforschung im Rahmen der *pre-trial discovery* ist vielmehr solange zulässig, bis feststeht, dass das fragliche Beweismittel unter keinen Umständen eine Rolle bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Klage oder der Verteidigung dagegen spielen

1369 S. schon o. Kapitel 3 A. I. (S. 189).

1370 Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 20; Junker, Discovery, S. 117.

1371 O. V., 74 HARV. L. REV. 940, 1007 (1961); auch Junker, Discovery, S. 118; s. dazu ausf. Kapitel 3 A. II. (S. 191).

1372 HAYDOCK & HERR, DISCOVERY PRACTICE § 3.01 (2020).

1373 HAYDOCK & HERR, DISCOVERY PRACTICE § 3.01 (2020).

1374 HAYDOCK & HERR, DISCOVERY PRACTICE § 3.01 (2020); z. B., Neuberger & Scott v. Shapiro, 196 F.R.D. 286 (2000).

1375 In re PE Corp. Secs. Litig., 221 F.R.D. 20, 24 (2003).

kann.¹³⁷⁶ Insgesamt sind bei der Beurteilung der Frage nach der Bedeutung eines Beweismittels für den Rechtsstreit die Umstände im Einzelfall maßgeblich, so dass das Prozessgericht an dieser Stelle regelmäßig verfahrensleitend eingreift und dabei das zugrundeliegende materielle Recht zu berücksichtigen haben wird.¹³⁷⁷ Daher gelten abhängig vom jeweiligen Verfahren unterschiedliche Standards, nach denen die Frage der Bedeutsamkeit für den Rechtsstreit bemisst.¹³⁷⁸

Auch wenn die *Federal Rules of Evidence* im Rahmen der *pre-trial discovery* eine bedeutende Rolle spielen können,¹³⁷⁹ ist für die Frage, ob ein Beweismittel für den Rechtsstreit von Bedeutung sein kann, mittlerweile unbeachtlich,¹³⁸⁰ ob das Beweismittel nach diesen Bestimmungen auch in die Hauptverhandlung eingeführt und dort verwertet werden kann. Im Gegenteil werden von der *pre-trial discovery* explizit auch solche Informationen erfasst, die später nicht in der Hauptverhandlung beachtet werden dürfen (*FRCP 26(b)(1)*).¹³⁸¹ Ebenso ist grundsätzlich unerheblich, dass das fragliche Beweismittel örtlich weit entfernt ist, längst Vergangenes beweisen soll oder erst in Zukunft zur Verfügung stehen wird.¹³⁸²

1376 *United States ex. re. Shamesh v. CA, Inc.*, 314 F.R.D. 1, 8 (2016); *Wrangen v. Pennsylvania Lumbermans Mut. Ins. Co.*, 593 F.R.D. 1273, 1278 (2008) (“Put more simply, a matter is deemed to be irrelevant if it does not pertain to a claim or defense”); 6 MOORE’S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.42 [1] (December 2022).

1377 6 MOORE’S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.42 [1] (December 2022); Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 34.

1378 Vgl. 6 MOORE’S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.46 (December 2022).

1379 S. u. Kapitel 3 C. V. (S. 252); BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 373 ff. (2021).

1380 Vgl. zur Entwicklung der Vorschrift und die damit verbundenen Einschränkungen der Reichweite der *pre-trial discovery* FROST, 37 GA. L. REV. 1039 (2003); STEMPEL, 62 ALAB. L. REV. 529, 532–549 (2002); Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 32 ff.

1381 *Donohue v. New York City Dep’t. of Prob.*, 1990 WL 64629, 1 (May 7, 1990) (“Consistent with the broad scope of discovery permitted under the Federal Rules, relevance to the retaliation claim is not to be equated with admissibility at trial or the ultimate probativeness of the discovered material.”); 6 MOORE’S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.43 (December 2022).

1382 6 MOORE’S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.45 [5] (December 2022).

2. Einzelheiten

Die Bedeutung dieser allgemeinen Grundsätze wird anschaulich, wenn einzelne Umstände ins Zentrum der Betrachtung gerückt werden.¹³⁸³ Das Vermögen und die wirtschaftliche Situation einer Partei sind etwa grundsätzlich für den Rechtsstreit nicht von Bedeutung.¹³⁸⁴ Das ändert sich jedoch, wenn diese Informationen notwendig sind, um einen Anspruch beziffern zu können. Das spielt vor allem in Prozessen, in denen Schadensersatz, insbesondere Strafschadensersatz, verlangt wird, der gerade auf der Grundlage des Vermögens einer Partei berechnet wird, eine besondere Rolle.¹³⁸⁵ Allerdings ist auch dann noch nichts darüber ausgesagt, in welcher Weise die fragliche Information vermittelt werden muss. Steuerunterlagen wären zur Beurteilung der Frage nach dem Vermögen einer Partei wohl besonders hilfreich und zuverlässig, allerdings wird im Rahmen der *pre-trial discovery* Zugriff darauf regelmäßig schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht gewährt.¹³⁸⁶

Andererseits werden Beweismittel, die allein dazu gebraucht werden sollen, belastende Zeugenaussagen anzuzweifeln, regelmäßig von Bedeutung für den Rechtsstreit sein.¹³⁸⁷ Dies scheint wenig verwunderlich, wenn man sich vor Augen führt, dass der Zeugenbeweis die Grundlage der Wahrheitsermittlung im *adversarial system* des US-amerikanischen Zivilprozesses ist.¹³⁸⁸ So kann etwa erforscht werden, ob ein Zeuge bereits in der Ver-

1383 Zu den im Einzelfall beachtlichen Umständen s. auch 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.44 (December 2022).

1384 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.45 [1][a] (December 2022).

1385 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.45 [1][c], [d] (December 2022) m. w. N.

1386 Es wird befürchtet, dass die Verpflichtung zur Offenlegung von Steuerunterlagen im Rahmen des Zivilprozesses einen Anreiz zu Abgabe fehlerhafter Steuererklärungen schafft, vgl. *Premium Serv. Corp. v. Sperry & Hutchinson Co.*, 511 F.R.D. 229, 229 (1975); außerdem würden die Steuererklärungen im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und Staat abgegeben, vgl. 26 U.S.C. § 6103; 26 U.S.C. § 7213(a); *Farmers & Merchants Nat'l Bank v. San Clemente Fin. Group Sec., Inc.*, 174 F.R.D. 572, 585 (1997); *Payne v. Howard*, 75 F.R.D. 465, 469-470 (1977); s. dazu auch o. V., 74 HARV. L. REV. 940, 1010 (1961).

1387 *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 511 (1947); *United States v. IBM*, 66 F.R.D. 215, 218-219 (1974); *Mellon v. Cooper-Jarret, Inc.*, 424 F.2d 499, 501 (6th Cir. 1970); *Thayer v. Liggett & Myers Tobacco Co.*, 13 Fed. R. Serv. 2d 976, 978-979 (W.D. Mich. 1970); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.45 [2][a] (December 2022).

1388 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.45 [2][a] (December 2022).

gangenheit vor Gericht falsch ausgesagt hat.¹³⁸⁹ In anderen Fällen kann es von entscheidender Bedeutung sein, die Identität einer Person festzustellen, etwa weil sie als weitere Partei an einer (Sammel-)Klage beteiligt sein soll oder muss.¹³⁹⁰

II. Verhältnismäßigkeit

In jüngerer Vergangenheit wurde der Zugang zu Beweismitteln im Rahmen der *pre-trial discovery* weiter eingeschränkt, nachdem *FRCP 26(b)* nunmehr vorsieht, dass das *discovery*-Ersuchen verhältnismäßig sein muss (*proportional to the needs of the case*).¹³⁹¹ So soll der ausufernde Einsatz der *pre-trial discovery* eingeschränkt werden.¹³⁹² In diesem Zusammenhang können Faktoren wie die Höhe der Klagesumme, die Ressourcen der Parteien, die Wichtigkeit der Lösung der streitigen Frage, die Belastung der Parteien und die Kosten gegen den Nutzen der *pre-trial discovery* abgewogen werden (*FRCP 26(b)(1)*).¹³⁹³ Dabei kann auch eine unter Umständen auftretende Informationsasymmetrie berücksichtigt werden, indem der Partei, die über erheblich weitergehende Informationen verfügt als die andere Partei, weitergehende Offenlegungspflichten auferlegt werden.¹³⁹⁴ Darauf soll dann auch im Rahmen der *pre-trial conference* eingegangen und Rücksicht genommen werden.¹³⁹⁵ Kann so jedoch keine Einigkeit über die Verhältnismäßigkeit der konkreten Beweismittelfreilegung erzielt werden, so ist es Aufgabe des Gerichts die oben genannten Faktoren gegeneinander abzuwägen.¹³⁹⁶

1389 Ausf. dazu 4 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE § 608 (December 2022).

1390 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.45 [3] (December 2022).

1391 BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 376 f. (2021).

1392 Siehe [https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/frcv15\(update\)_1823.pdf](https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/frcv15(update)_1823.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.07.2023.).

1393 *Oxbow Carbon & Minerals LLC v. Union Pac. R.R.*, 322 F.R.D. 1, 6 (2017).

1394 Vgl. *FRCP 26(a)(1)* advisory committee's note (2015), wörtlich wiedergegeben bei 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26. App.14 [2] (December 2022).

1395 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.42 [2] (December 2022).

1396 Vgl. *FRCP 26(a)(1)* advisory committee's note (2015), wörtlich wiedergegeben bei 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26. App.14 [2] (December 2022).

III. Besonders geschützte Informationen

Besonderen Schutz erfahren vertrauliche Informationen („*privileged information*“).¹³⁹⁷ Dabei handelt es sich um besonders wertvolle Informationen oder Informationen, die im Vertrauen auf ein besonderes Vertrauensverhältnis mitgeteilt wurden. Das Verhältnis zwischen Patient und Arzt, zwischen Mandant und Rechtsanwalt oder auch zwischen Ehegatten, kann hier etwa als Beispiel angeführt werden.¹³⁹⁸ Der besondere Schutz dieses Verhältnisses kann sich dabei zunächst aus dem Gesetz ergeben. Meist wird das Gericht jedoch im Einzelfall zu entscheiden haben, ob es sich bei den fraglichen Informationen um solche vertraulicher Art handelt.¹³⁹⁹ Gemäß *FRCP 26(b)(1)* können solche Informationen von vornherein nicht herausverlangt werden. Korrespondierend mit der großen Reichweite der *pre-trial discovery* ist der Anwendungsbereich für den Schutz vertraulicher Informationen dabei eher eng gefasst.¹⁴⁰⁰ Er steht nie der gesamten *pre-trial discovery* im Wege, sondern allenfalls einzelnen Beweismittelersuchen.¹⁴⁰¹ Die Parteien können auf diesen besonderen Schutz verzichten.¹⁴⁰²

1. Geschäftsgeheimnisse

Besonders geschützt sind Geschäft- und Betriebsgeheimnisse. Verlangt eine Partei im Rahmen der *pre-trial discovery* Zugriff auf diese Informationen, kann sich die andere Partei mit einem Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung zur Wehr setzen (vgl. *FRCP 26(c)(1)(G)*).¹⁴⁰³ Auch wenn in der

1397 Grundlegend o. V., 74 HARV. L. REV. 940, 1009 (1961).

1398 Z. B. *FRE 501* oder das im Fünften Verfassungszusatz verankerte Recht, eine Aussage, verweigern zu können, wenn man sich dadurch selbst einer Straftat bezichtigen würde.

1399 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.47 [2] (December 2022).

1400 *Jansson v. Stamford Health, Inc.*, 312 F. Supp. 289, 292 (D. Conn. 2018).

1401 Z. B. *Hudson Tire Mart, Inc. v. Aetna Ca. & Sur. Co.*, 518 F.2d 671, 673-674 (2d Cir. 1975); *General Dynamics Corp. v. Selb. Mfg. Co.*, 481 F.2d 1204, 1212 (8th Cir. 1973); *Byers v. Bursleson*, 100 F.R.D. 436, 439 (D.D.C. 1987); *Gatoil, Inc. v. Forest Hill State Bank*, 104 F.R.D. 580, 581 (D.Md. 1985); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.47 [1][b] (December 2022).

1402 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.47 [5] (December 2022); ausf. zum *attorney-client privilege* s. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.49 [5] (December 2022); zur *work-product rule* s. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [6] (December 2022).

1403 Zum Verfahren vgl. u. Kapitel 3 E. I. (S. 256).

Vorschrift von *trade secrets* die Rede ist, werden, über diesen relativ engen Begriff (es wird zur Abgrenzung auch von „*true trade secrets*“ gesprochen) hinaus, auch andere Informationen als vertraulich eingestuft, wenn diese geheime Forschung, Entwicklung oder die Handelsbücher betreffen („*confidential research, development, or commercial information*“).¹⁴⁰⁴ Entscheidend kommt es darauf an, dass das Geheimnis hinreichend genau benannt wird.¹⁴⁰⁵

Dabei kann das Gericht anordnen, dass solche Informationen nicht oder nur in bestimmter Weise veröffentlicht werden müssen. Diese Geheimnisse werden nicht absolut geschützt. Sind die für die Entscheidung des Falles von elementarer Bedeutung, können Maßnahmen ergriffen werden, die die Geheimhaltung sicherstellen.¹⁴⁰⁶ Kann der Rechtsstreit ohne die Offenlegung der Informationen nicht entschieden werden, kann das Gericht diese auch ohne besondere Schutzmaßnahmen anordnen.¹⁴⁰⁷ Allerdings hat das Gericht zu beachten, dass die fraglichen Informationen nicht offengelegt werden, solange dies nicht unbedingt für die Entscheidung des Rechtsstreits notwendig ist.¹⁴⁰⁸

1404 Vgl. dazu 8A WRIGHT & MILLER, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE § 2043 Fn. 4 (April 2022).

1405 4 MILGRIM & BENSEN, MILGRIM ON TRADE SECRETS § 14.02 [0.1] (December 2022).

1406 *Federal Open Market Committee of Federal Reserve System v. Merrill*, 443 U.S. 340, 363 (1979); 8A WRIGHT & MILLER, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE § 2043 (April 2022); 4 MILGRIM & BENSEN, MILGRIM ON TRADE SECRETS § 14.02 [1][a] (December 2022).

1407 *Z. B. Centurion Indus, Inc. v. Warren Steurer & Assocs.*, 665 F.2d 323, 326 (10th Cir. 1981); *Carter Prods. V, Inc. v. Eversharp, Inc.*, 360 F.2d 868 (Cir. 7th 1966); *Olympic Ref. Co. v. Carter*, 332 F.2d 260 (9th Cir. 1964).

1408 *Brown Bag Software v. Symantec Corp.*, 960 F.2d 1465 (9th Cir. 1992); *Donald v. Rast*, 927 F.2d 379 (8th Cir. 1991); *Quotron Sys., Inc. v. Automatic Data Processing, Inc.*, 141 F.R.D. 37 (D.C.N.Y. 1992) Sehr anschaulich zum Ganzen auch *Coca-Cola Bottling Co of Shreveport, Inc. v. Coca-Cola Co.*, 110 FRD 363, 366 (D. Del 1986) („*secret formula for Coca-Cola ordered to be revealed because it was essential to determining lawsuit; when Coca-Cola Co. refused to comply, all inferences from the formula would be assumed to be in plaintiff's favor at trial.*“).

2. Attorney-client privilege und work-product doctrine¹⁴⁰⁹

Besonderen Schutz erfährt auch die Kommunikation zwischen Rechtsanwälten und ihren Mandanten (*attorney-client privilege*). Dieser im *common law* verankerte Schutz wird durch das Recht der Partei, die Offenlegung dieser Informationen zu verweigern, gewährleistet und durch das an Dritte gerichtete Verbot, diese Informationen offenzulegen, flankiert. So wird das Interesse der Partei an einer umfassenden rechtlichen Beratung durch den Rechtsanwalt geschützt. Erfasst wird die gesamte anwaltliche Korrespondenz.¹⁴¹⁰ Entscheidend kommt es dabei darauf an, dass die Informationen dem Rechtsanwalt im Vertrauen auf diesen besonderen Schutz mitgeteilt wurden.¹⁴¹¹ Die Kommunikation mit Syndikusrechtsanwälten wird ebenfalls erfasst, wenn deren Rat eingeholt wird.¹⁴¹² Nicht ausreichend ist, dass diesen Unterlagen zu sonstigen Zwecken überlassen werden.¹⁴¹³ Unterschiedlich wird die Frage beurteilt, ob nur die vom Mandanten an den Rechtsanwalt übermittelten Informationen von diesem Schutz erfasst werden, oder ob das auch für Informationen gilt, die vom Rechtsanwalt dem Mandanten mitgeteilt werden.¹⁴¹⁴

Von dieser – grundsätzlich strengen und weitreichenden Regel – werden jedoch auch Ausnahmen gemacht (vgl. *FRCP 26(b)(3), (4)*). Soll etwa der vom Rechtsanwalt ersuchte Rat der Vorbereitung einer Straftat dienen,

1409 Anschauliche Beispiele und Fallkonstellationen finden sich im *Resource Kit "Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine (Federal)"* des Lexis Practice Advisors (abrufbar unter <https://advance.lexis.com/practice-advisor-home>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1410 Wiese/Urban, WuW 2020, 23, 26; ausf. zum Anwendungsbereich 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.49 [1] (December 2022); allg. Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 21; zum besonderen Schutz der anwaltlichen Kommunikation im US-amerikanischen Patentverletzungsverfahren s. Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 20.

1411 *EEOC v. BDO USSA, L.L.P.*, 876 F.3d 690, 695 (5th Cir. 1990); *U.S. v. Rockwell Int'l*, 897 F.2d 1255, 1264 (3d Cir. 1990); *U.S. v. Schwimmer*, 892 F.2d 237, 244 (2d Cir. 1989); *FTC v. Boehringer Ingelheim Pharms., Inc.*, 892 F.3d 1264, 1267 (D.C. Cir. 2018) ("*the attorney-client privilege applies to a confidential communication between attorney and client if the communication was made for the purpose of obtaining or providing legal advice*"); *Donovan v. Teamsters Unions Local 25*, 103 F.R.D. 550, 553 (D.Mass. 1984).

1412 *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383, 389 (1981); *In re Kellogg Brown & Root, Inc.* F.3d 754, 758 (D.C. Cir. 2014); ausf. dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.49 [4][a] (December 2022).

1413 *Simon v. G. D. Searle & Co.*, 816 F.2d 397, 402-103 (8th Cir. 1987).

1414 Dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.49 [2] (December 2022) m. w. N.

findet das *attorney-client privilege* keine Anwendung.¹⁴¹⁵ Auch wenn bei der Mitteilung der grundsätzlich geschützten Informationen an den Rechtsanwalt Dritte anwesend sind, wird davon ausgegangen, dass die Informationen nicht im Vertrauen auf das *attorney-client-privilege* mitgeteilt wurden.¹⁴¹⁶ Außerdem kann eine Partei auf den Schutz durch das *attorney-client-privilege* verzichten.¹⁴¹⁷ Allerdings kann der Rechtsanwalt unter keinen Umständen dazu verpflichtet werden, seine Gedanken, insbesondere seine den Fall betreffenden Schlussfolgerungen offenzulegen.¹⁴¹⁸

In engem Zusammenhang mit dem *client-attorney-privilege* steht die *work-product rule*.¹⁴¹⁹ Diese wurde erstmals in der grundlegenden Entscheidung *Hickman v. Taylor*¹⁴²⁰ formuliert und schützt das Ergebnis rechtsanwaltlicher Arbeit in besonderer Weise vor der Offenlegung im Rahmen der *pre-trial discovery* (FRCP 26(b)(3)). Ursprünglich sollte so die Prozessstrategie einer Partei vor dem Zugriff der anderen Partei geschützt werden.¹⁴²¹ Es handelt sich dabei um eine qualifizierte Ausnahme, weil auch hier kein vollständiger Schutz vor der Beweismittelfoffenlegung im Rahmen der *pre-trial discovery* gewährt wird.¹⁴²²

Nach der *work-product rule* können Unterlagen und Gegenstände, die zur Vorbereitung eines Rechtsstreits¹⁴²³ durch oder für eine Partei oder ihren Prozessvertreter¹⁴²⁴ angefertigt wurden, von der *pre-trial discovery* ausgeschlossen sein. Allerdings soll die Tatsachenerforschung dadurch nicht behindert werden. Daher müssen Tatsachen, die der Rechtsanwalt zu Tage gefördert hat, gleichwohl offengelegt werden.¹⁴²⁵ Nur die geistige Auseinandersetzung des Rechtsanwalts mit dem Fall und die daraus resul-

1415 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.49 [6] (December 2022) m. w. N.

1416 Vgl. *Towne Place Condo. Ass'n v. Phila. Indem. Ins. Co.*, 284 F. Supp. 3d 889, 896 (N.D. Ill. 2018); *In re Chevron Corp.*, 650 F.3d 276, 289 (3d Cir. 2011).

1417 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.49 [5] (December 2022) m. w. N.

1418 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [1] (December 2022) m. w. N.

1419 Zur Unterscheidung der beiden Ausnahmen s. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [8] (December 2022).

1420 329 US 495 (1947). S. dazu ausf. O. V., 74 HARV. L. REV. 940, 1027-1046 (1961).

1421 *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947).

1422 Zur Unterscheidung von „*privileges*“, die umfangreichen Schutz vor der Beweismittelfoffenlegung gewähren und „*qualified immunities*“, welche die *pre-trial discovery* nur im Einzelfall ausschließen vgl. *Kirkland v. Morton Salt Co.*, 46 F.R.D. 28, 30 (N.D. Ga. 1968).

1423 Dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [3] (December 2022).

1424 Dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [4] (December 2022).

1425 *United States v. All Assets Held at Bank Julius Baer & Co.*, 270 F. Supp. 3d 220, 226 (D.D.C. 2017); *Abbo-Bradley v. City of Niagara Falls*, 293 F.R.D. 401, 407 (W.D.N.Y.

tierenden Schriftstücke und Gegenstände sind von der *pre-trial discovery* ausgenommen.¹⁴²⁶ Dabei wird die Formulierung „*document or tangible thing*“ jedoch extensiv ausgelegt,¹⁴²⁷ so dass etwa auch Videoaufzeichnungen von Gesprächen zur Prozessvorbereitung von der *pre-trial discovery* ausgenommen wurden.¹⁴²⁸

Dieser Schutz kann überwunden werden, wenn die andere Seite das fragliche Material zwingend benötigt, um einen Streitpunkt beweisen zu können,¹⁴²⁹ und sie das Material nicht ohne unzumutbaren Aufwand aus anderer Quelle beschaffen kann¹⁴³⁰ (*FRCP 26(b)(3)(A)(ii)*).¹⁴³¹ Auch hier kommt es damit letztlich auf eine Abwägung der Parteiinteressen an.¹⁴³²

3. Verfassungsrechtliche Schranken der *pre-trial discovery*

Die enorme Reichweite der *pre-trial discovery* wird außerdem durch verfassungsrechtliche Vorgaben beschränkt. So gewährt etwa der fünfte Verfassungszusatz die Garantie, dass keine Person in einer Strafsache gegen sich selbst als Zeuge aussagen muss. Dieser Grundsatz gilt auch im US-amerikanischen Zivilrecht¹⁴³³ und beschränkt insoweit die *pre-trial discovery*. Eine Partei kann sich auf dieses Privileg schon dann beziehen, wenn nur die Möglichkeit strafrechtlicher Verfolgung im Raum steht.¹⁴³⁴ Allerdings

2013); *Audiotext Communications Network v. U.S. Telecom, Inc.*, 164 F.R.D. 250, 254 (D. Kan. 1996).

1426 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [2][a] (December 2022); vom Schutz nicht erfasst werden jedoch die persönlichen Gedanken des Prozessvertreters zu dem Fall, vgl. *Kushner v. Buhta*, 322 F.R.D. 494, 499 (D. Minn. 2017).

1427 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [2][b] (December 2022).

1428 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [2][d] (December 2022).

1429 Dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [5][c] (December 2022).

1430 Dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [5][d] (December 2022).

1431 Ausf. dazu 8A WRIGHT & MILLER, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE § 2025 (April 2022).

1432 *Kearney & Trecker Corp. v. Giddings & Lewis, Inc.*, 296 F. Supp. 979, 982 (E.D. Wis. 1969); *U.S. v. Swift & Co.*, 24 F.R.D. 280, 284 (N.D. Ill. 1959); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.70 [1] (December 2022).

1433 *Pillsbury Co. v. Conby*, 459 U.S. 248, 256-257 (1983); *Maness v. Meyers*, 419 U.S. 449, 460 (1975); *McCarthy v. Arndstein*, 34 U.S. 34, 40 (1924); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.51 [1] (December 2022); ausf. HEIDT, 91 Yale L.J. 1062 (1982).

1434 *Anover Data Servs. v. Statistical Tabulating*, 876 F.2d 1080, 1082 (2d Cir. 1989); *In re Master Key Litig.*, 507 F.2d 292, 293 (9th Cir. 1974); *Sallah v. Worldwide Clearing LLC*, 855 F. Supp. 1364, 1369-1370 (S.D. Fla. 2012).

können sich nur natürliche Personen auf diesen Schutz berufen.¹⁴³⁵ Auch der erste Verfassungszusatz schützt unter Umständen bestimmte Informationen. Das kann vor allem der Fall sein, wenn Informationen von Journalisten herausverlangt werden und diese ihre vertraulichen Quellen offenlegen müssten.¹⁴³⁶

Weitergehende Einschränkungen sieht jedenfalls das US-amerikanische Bundesrecht kaum vor.¹⁴³⁷ Gleichwohl können hier auch Regelungen der einzelnen Bundesstaaten zu berücksichtigen sein, die vereinzelt beispielsweise den Informationsaustausch zwischen Buchhaltern und ihren Klienten oder ein Bankgeheimnis von der *pre-trial discovery* ausnehmen.¹⁴³⁸

IV. Besondere Vorgaben im Bereich der *e-discovery*

FRCP 26(b)(2)(B) regelt die Beweismittelherausgabe im Rahmen der *pre-trial discovery*, wenn die fraglichen Informationen elektronisch gespeichert werden.¹⁴³⁹ Danach müssen nur die Daten, auf die die Adressatin der Vorlageanfrage mit vertretbarem Aufwand Zugriff erlangen kann, vorgelegt werden. Auch unverhältnismäßige Kosten der Datenaufbereitung können die *pre-trial discovery* beschränken.¹⁴⁴⁰ Neben den mit der Datenaufbereitung

1435 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.51 [2] (December 2022); zur Frage, ob auch der Kläger dieses Recht geltend machen kann und mit welchen Konsequenzen er gegebenenfalls zu rechnen hat s. WHITE, 48 U. CHI. L. REV. 158 (1981).

1436 *Gonzales v. National Broadcasting Co.*, 194 F.3d 29, 32 (2d. Cir. 1999); *In re Madden*, 151 F.3d 125, 130 (3d Cir. 1998); *Miller v. Transamerican Press, Inc.*, 621 F.2d 721, 725 (5th Cir. 1980); *In re An Application to Enforce Admin. Subpoena of the United States CFCT v. McGraw-Hill Cos.*, 507 F. Supp. 2d 45, 50 (D.D.C. 2007); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.48 [1][a] (December 2022).

1437 Allerdings ist im *common law*, etwa die Schweigepflicht eines Priesters anerkannt, s. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.50 [4] (December 2022); ebenso wird auf richterrechtlicher Grundlage der Informationsaustausch zwischen Psychologen und ihren Patienten oder zwischen Patentanwälten und ihren Mandanten von der *pre-trial discovery* ausgenommen, s. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.50 [5], [6] (December 2022). Insgesamt wird dem die *pre-trial discovery* überwachenden Gericht ein weiter Spielraum bei der Beurteilung der Frage, ob ein *privilege* vorliegt eingeräumt, so dass ein solches auch in weniger offensichtlichen Situationen in Betracht kommen kann, vgl. dazu nur RHODES, 43 STAN. L. REV. 445 (1991).

1438 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.50 [1], [2] (December 2022).

1439 Zum Gegenstand der *e-discovery* s. o. Kapitel 3 B. III. 3. f) (S. 232); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 34.12 (December 2022).

1440 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.53 [1] (December 2022).

verbundenen hohen Kosten können auch veraltete Speichermedien oder -formate oder gelöschte, beschädigte oder fragmentierte Datenbestände einen unverhältnismäßigen Aufwand begründen.¹⁴⁴¹ Allerdings kann das Gericht die Datenvorlage anordnen, wenn es dafür einen wichtigen Grund gibt.¹⁴⁴²

V. Einspruch gegen die Beweismittelerhebung

Schließlich können sich auch aus dem allgemeinen Beweisrecht des US-amerikanischen Zivilprozesses Einschränkungen der Reichweite der *pre-trial discovery* ergeben. Dabei wird immer wieder betont, dass die im Rahmen der *pre-trial discovery* herausverlangten Beweismittel nicht auch in der Hauptverhandlung verwertbar sein müssen.¹⁴⁴³ Allerdings kann einem Beweismittelersuchen ebenso wie der Beweisverwertung mit einem Einspruch (*objection*) widersprochen werden. Grundlage für eine solche *objection* kann etwa der Umstand sein, dass eine Aussage nur vom Hörensagen (*hearsay*) her bekannt ist oder dass eine Frage wiederholt gestellt wird (*repetition*) und bereits beantwortet ist (*asked and answered*).¹⁴⁴⁴ Das Gericht entscheidet über die Begründetheit eines solchen Einspruchs.

D. Probleme und Lösungsansätze

Angesichts der beschriebenen Reichweite der *pre-trial discovery* ist es nicht verwunderlich, dass im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* auch Probleme zu Tage treten.¹⁴⁴⁵ Ein kurzer Blick darauf scheint auch im Rahmen dieser Arbeit unvermeidlich, wenn doch in Deutschland der Beweismitteloffenlegung stets mit großer Zurückhaltung begegnet wird und

1441 *Zubulake v. UBS Warburg*, 217 F.R.D. 309, 319 (2003); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.53 [1] (December 2022).

1442 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.53 [2] (December 2022).

1443 S. nur 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.43 (December 2022).

1444 Für eine ausführliche Liste der Möglichen Grundlagen für eine *objection* s. McELHANEY, 78 ABA JOURNAL 90 (1992).

1445 Ausf. dazu auch mit Lösungsansätzen s. BECKERMAN, 84 MINN. L. REV. 505 (2000); GRIMM, 46 LITIGATION 23-26 (2020); STEMPER, 51 AKRON L. REV. 639 (2017); STEMPER, 62 ALAB. L. REV. 529 (2002); COOTER & RUBINFELD, 84 Geo. L.J. 61 (1995); MULLENIX, 46 STAN. L. REV. 1393 (1994).

dabei stets vor „amerikanischen Verhältnissen“ gewarnt wird.¹⁴⁴⁶ Unter dem Stichwort „Missbrauch der *pre-trial discovery*“ (*discovery abuse*) wird dabei eine Vielzahl von Fallgestaltungen diskutiert.¹⁴⁴⁷ Diesen Schwierigkeiten wurde mit einer Vielzahl von Anpassungen der Vorschriften über die *pre-trial discovery* begegnet. Insbesondere sehen FRCP 26(g)(3), 30(d)(2), 37 verschiedene Sanktionen vor und die obligatorische *pre-trial conference* soll die einvernehmliche Lösung von Meinungsverschiedenheiten über die Durchführung der *pre-trial discovery* fördern. Schließlich sollen *protective orders* die Schlichtung der Auseinandersetzung durch das Gericht ermöglichen.¹⁴⁴⁸ Außerdem kann das Gericht auch ohne besondere Anordnung aus einer Vielzahl weitreichender zivilprozessualer Ordnungsmittel schöpfen, um dem Missbrauch der Beweismittelfreilegung entgegenzuwirken.¹⁴⁴⁹

I. Ausufernde Beweisbeschaffung

Mit der großen Reichweite der *pre-trial discovery* als Instrument zur Sachverhaltsaufklärung geht der große Umfang des zu Tage geförderten Beweismaterials einher. Im Fall *Ferguson v. Ford Motor Co.*,¹⁴⁵⁰ in dem die Kläger von der Beklagten die Zahlung von 342 Mio. USD wegen Kartell-, Patent- und Wettbewerbsrechtsverstößen verlangten, wurden 173 Zeugen verhört, deren *depositions* auf 100.000 Seiten Papier festgehalten, 45.000 Dokumente als Augenscheinsobjekte zusammengestellt und mehr als 700.000 Seiten zur Einsichtnahme durch die jeweils andere Partei vorgelegt.¹⁴⁵¹ Die *pre-trial discovery* wurde daher als „gefährlicher Wolf, der durch die Landschaft streift und alles auffrisst, was ihm in den Weg kommt“ beschrieben.¹⁴⁵² Dadurch

1446 S. nur die Stellungnahme des Bundesverbands der Deutschen Industrie zur 9. GWB-Novelle, Ausschussdrucks. 18(9)1094, S. 1 (abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/489192/30cfl75cef8fbc257f99fccb8524be29/john-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1447 SHUGRUE, 23 LITIGATION 10 (1997); COOTER & RUBINFELD, 84 GEO. L.J. 61, 62 (1995); SORENSON, JR., 46 HASTINGS L.J. 680, 690 (1995).

1448 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.06 [1] (December 2022).

1449 Z. B. *Herbert v. Lando*, 411 U.S. 153, 177 (1979); ausf. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.06 [2] (December 2022); insgesamt dazu WRIGHT & KANE, LAW OF FEDERAL COURTS 542–546 (2016).

1450 *Ferguson v. Ford Motor Co.*, 92 F. Supp. 868 (S.D.N.Y. 1950).

1451 O. V., 74 HARV. L. REV. 940, 1001 (1961).

1452 S. DOWNEY & MASSEY, 13 REV. LITIG. 183 (1994) und SHERMAN, 3 REV. LITIG. 89, 197 (1982), die jeweils Judge Goettel zitieren.

würden wohlhabende oder einer Bevölkerungsmehrheit¹⁴⁵³ angehörende Parteien begünstigt; außerdem führe dies zu einer Verschleppung von Verfahren.¹⁴⁵⁴ Einer derart ausufernden Beweisbeschaffung kann das Gericht den Riegel verschieben, wenn sie aus verschiedenen Gründen (*annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense*) unzumutbar erscheint (*FRCP 26(c)(1)* a. E.).

II. Überflutung des Gegners mit unerwünschtem Beweismaterial

Die große Zahl der Beweismittel wird meist damit zusammenhängen, dass die beweispflichtige Partei sich ein möglichst umfassendes Bild vom zugrundeliegenden Sachverhalt verschaffen möchte. Allerdings kann auch die zur Offenlegung verpflichtete Partei ein prozesstaktisches Interesse an der Offenlegung zahlreicher Unterlagen haben. Das wird häufig der Fall sein, wenn mit den Beweismitteln „der rauchende Colt“ vorgelegt werden muss und der Gegner mit einer Unmenge an Beweismitteln so überfordert werden soll, dass er zur gründlichen Sichtung der Materialien nicht mehr in der Lage sein wird.¹⁴⁵⁵ Hier wird der beweisbelasteten Partei regelmäßig nur die präzise Formulierung ihres Herausgabeverlangens weiterhelfen.

III. Verwertung des *discovery*-Materials

Befremdlich erscheint auch, dass es grundsätzlich zulässig sein soll, dass das im Zuge der *pre-trial discovery* erlangte Material ohne Weiteres mit Dritten geteilt wird. Jedes Beweismittel wird mit der Registrierung bei Gericht als solches öffentlich einsehbar.¹⁴⁵⁶ Um das zu verhindern, kann die zur Offenlegung verpflichtete Partei versuchen, die Weitergabe dieser Infor-

1453 Dazu YAMAMOTO, 25 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 341 (1990).

1454 Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S.16 m. w. N.

1455 Dieses Vorgehen ist aus verschiedenen US-amerikanischen Fernsehserien bekannt, s. nur *Pilot – Part 2, Suits*, USA Network, Erstausstrahlung am 23.06.2011, ab Minute 19.20 (abrufbar unter <https://www.netflix.com/watch/80012607?trackId=200257858>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1456 *Public Citizen v. Ligett Group, Inc.*, 858 F.2d 775, 790 (1st Cir. 1988); *Wilk v. American Medical Ass'n.*, 635 F.2d 1295, 1299 (1st Cir. 1980).

mationen durch Antrag auf Erlass einer entsprechenden Schutzanordnung (*protective order*) zu verhindern.¹⁴⁵⁷

Grundsätzlich darf im Rahmen der *pre-trial discovery* gewonnenes Material auch in Prozessen, die anderen Jurisdiktionen unterfallen, verwertet werden.¹⁴⁵⁸ Umgekehrt ist es im US-amerikanischen Prozess zulässig, andernorts gewonnenes Beweismaterial, in den Prozess einzuführen.¹⁴⁵⁹ Gewisse Grenzen schieben dem „*blocking statutes*“ vor, durch die ein Staat die Befolgung einer Offenlegungsanordnung verbietet.¹⁴⁶⁰

IV. Kosten

Schließlich ist die *pre-trial discovery* – angesichts des Umfangs wenig überraschend – häufig mit erheblichen Kosten verbunden. Streit darüber, wer diese Kosten zu tragen hat, wird es im US-amerikanischen Zivilprozess gleichwohl nur selten geben: Die *Federal Rules of Civil Procedure* regeln dies ausdrücklich (z. B. *FRCP* 30(b)(3)(A) für die *depositions*). In der Regel hat der zur Offenlegung Verpflichtete deren Kosten zu tragen.¹⁴⁶¹ Sollte im Einzelfall eine andere Kostenregelung sachgerecht erscheinen, kann das Gericht die Kosten der gegnerischen Partei auferlegen.¹⁴⁶² Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn das Gericht feststellt, dass die Durchführung einer *deposition* für die Entscheidung des Falls unerlässlich war.¹⁴⁶³

Gleichwohl tritt an dieser Stelle der grundlegende Konflikt im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* besonders offensichtlich zu Tage: Indem beiden Parteien gleichberechtigter Zugang zu allen Beweismitteln gewährt wird, gibt es keine Überraschungen und keine Geheimnisse mehr und ein Fall kann einer besonders gerechten Lösung zugeführt werden. Allerdings eröffnet die *pre-trial discovery* den Parteien auch die Möglichkeit,

1457 WRIGHT & KANE, LAW OF FEDERAL COURTS 545 (2016).

1458 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.08 (December 2022); zu den Grenzen der Verwertung s. z. B. *In re Application of EWE Gasspeicher GmbH*, 2020 WL 1272612 (D. Del. 2020).

1459 S. dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 28.10-15 (December 2022).

1460 Dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 28.16 (December 2022).

1461 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.70 (December 2022).

1462 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.70 (December 2022).

1463 Dazu ausf. u. m. w. N. 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 30.71 (December 2022).

„Sand in das Getriebe zu streuen“, indem sie sich unkooperativ verhalten und so die Kosten der *pre-trial discovery* in die Höhe treiben. Hat der Gegner nur begrenzte finanzielle Mittel zur Verfügung, kann er zur Aufgabe gezwungen werden, weil es für ihn zu teuer wäre, die Auseinandersetzung in der Hauptverhandlung zu führen (*winning by attrition*).¹⁴⁶⁴

E. Verfahrensfragen

I. Schutzanordnungen (*protective orders*)

FRCP 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery

[...]

(c) Protective Orders.

- (1) In General. A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the court where the action is pending—or as an alternative on matters relating to a deposition, in the court for the district where the deposition will be taken. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action. The court may, for good cause, issue an order to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, [...]

Bisher wurde in unterschiedlichem Zusammenhang erwähnt, dass bestimmte Informationen von der *pre-trial discovery* ausgenommen sein können. Dabei wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass die grundsätzlich zur Offenlegung verpflichtete Partei durch Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung (*protective order*) ihre Interessen wahren kann.¹⁴⁶⁵ Auf diesen Antrag hin entscheidet das Gericht, ob die fragliche Information einem ent-

1464 Die Analogie zur Taktik der Materialschlacht ziehend, EASTERBROOK, 69 B.U. L. REV. 635 (1989); s. dazu auch CABRASER/LEHE, 12 SEDONA CONF. J. 1 (2011).

1465 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.102 [1] (December 2022).

sprechenden Geheimhaltungsprivileg unterfällt. So soll einer ausufernden Ausdehnung der Beweismittelerforschung entgegengewirkt werden.¹⁴⁶⁶

Zunächst muss diese Partei jedoch auch gegenüber der anderen Partei geltend machen, dass ein solches Geheimhaltungsinteresse besteht und dieses begründen (*FRCP 26(b)(5)*). Der Gegner soll die Inanspruchnahme des Privilegs selbst bewerten können.¹⁴⁶⁷ Erst anschließend kann ein entsprechender Antrag bei Gericht gestellt werden. Diesem Antrag muss eine Bestätigung beiliegen, dass die gütliche Streitbeilegung erfolglos versucht wurde (*FRCP 26(c)(1)*).¹⁴⁶⁸ Wird der Antrag gestellt, ohne dass die Gegenseite über die Geltendmachung des Geheimhaltungsinteresses informiert wurde, können der den Antrag stellenden Partei die für dieses Verfahren anfallenden Kosten auferlegt werden.¹⁴⁶⁹

Der Antrag muss vor dem Zeitpunkt gestellt sein, zu dem die Partei die Beweismittel offenlegen müsste.¹⁴⁷⁰ Es ist genau anzugeben, weshalb die verlangten Informationen nicht herausgegeben werden können.¹⁴⁷¹ Anzugeben ist ein wichtiger Grund (*good cause*), aus dem das Beweismittel nicht offengelegt werden kann.¹⁴⁷² Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn gezeigt werden kann, dass die Beweismittelloffenlegung zu einer eindeutigen und ernsthaften Gefährdung berechtigter Interessen führen würde.¹⁴⁷³

1466 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.101 [1] (December 2022); Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 22; ausf. zum Ganzen MILLER, 105 HARV. L. REV. 427 (2002).

1467 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.90 [1] (December 2022).

1468 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.103 (December 2022).

1469 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.90 [1] (December 2022).

1470 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.102 [2] (December 2022).

1471 *Brittain v. Stroh Brewery Co.*, 136 F.R.D. 408, 412 (M.D.N.C. 1991); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.102 [1] (December 2022); s. dazu die anschaulichen Beispiele bei Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 36 ff.

1472 *Public Citizen v. Ligett Group, Inc.*, 858 F.2d 775, 789 (1st Cir. 1988); *In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, 821 F.2d 139, 145 (2d Cir. 1987); *Chicago Tribune Co. v. Bridgestone/Firestone, Inc.*, 263 F.3d 1301 (11th Cir. 2001); dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.104 [1] (December 2022); BARAN, 53 MERC. L. REV. 1675 (2002).

1473 *Anderson v. Cryovac, Inc.*, 805 F.2d 1, 7-8 (1st Cir. 1986); *Glenmede Trust Co. v. Thompson*, 56 F.3d 476, 483 (3d Cir. 1995); *Chevron Corp. v. Donziger*, 325 F. Supp. 371, 387 (S.D.N.Y. 2018); *Nieves v. OPA, Inc.*, 948 F. Supp. 2d 887, 891 (N.D. Ill. 2013); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.104 [1] (December 2022).

Das Gericht muss sodann feststellen, dass das Herausgabeverlangen unverhältnismäßig belastend erscheint.¹⁴⁷⁴ Allerdings genügt ein geringes Maß an Belastung, wenn gezeigt werden kann, dass keine Notwendigkeit für die Beweismittelherausgabe besteht.¹⁴⁷⁵ Auch Wettbewerbsnachteile können einen wichtigen Grund für den Erlass einer Schutzanordnung darstellen.¹⁴⁷⁶ Bei der Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund für den Erlass einer Schutzordnung vorliegt, können Faktoren wie das Missbrauchspotential, der gute Glaube (*good faith*), die Effektivität der in Frage kommenden Schutzmaßnahmen und die Verfügbarkeit von anderen Beweismitteln berücksichtigt werden.¹⁴⁷⁷

Wird dem Antrag stattgegeben, kann das Gericht die Beweismitteloffenlegung mit den in *FRCP* 26(c)(1)(A)-(H) beschriebenen Mitteln verhindern,¹⁴⁷⁸ wobei dieser Katalog nicht abschließend ist.¹⁴⁷⁹ Der vollständige Ausschluss der *discovery* (*FRCP* 26(c)(1)(A)) kann ebenso angeordnet werden wie die Beschränkung der bei der Durchführung der *discovery* anwesenden Personen (*FRCP* 26(c)(1)(E)) oder, dass ein Geschäftsgeheimnis nicht oder nur in besonderer Weise offengelegt werden muss (*FRCP* 26(c)(1)(G)). Angesichts der großen Reichweite der *pre-trial discovery* erscheint eine abschließende Auflistung nicht sachgerecht. So kann flexibel auf die Erfordernisse des Einzelfalles reagiert werden.¹⁴⁸⁰ Es wurde etwa angeordnet, dass ein Gegenstand zwar untersucht, dabei aber nicht zerstört werden darf¹⁴⁸¹ oder dass bestimmte Personen nicht angesprochen werden dürfen, ohne dass der Prozessvertreter der Gegenpartei anwesend ist.¹⁴⁸² Wird

1474 *U.S. v. IBM Corp.*, 83 F.R.D. 92 (D.C.N.Y. 1979); *Alliance to End Repression v. Rochford*, 75 F.R.D. 441 (D.C.Ill. 1977).

1475 *United Air Lines, Inc. v. U.S.*, 26 F.R.D. 213 (D.C.Del. 1960).

1476 *Z. B. Automation LLC v. Micron Technology, Inc.*, 283 F.R.D. 671, 681 (D.N.M. 2012); *Miles v. Boeing Co.* F.R.D. 112, 114 (E.D. Pa. 1994).

1477 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.104 [1] (December 2022).

1478 Im Einzelnen dazu 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.105 [2]–[9] (December 2022) m. w. N.

1479 WRIGHT & KANE, LAW OF FEDERAL COURTS 545 (2016); *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 21 f.

1480 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.105 [1][b] (December 2022); WRIGHT & KANE, LAW OF FEDERAL COURTS 546 (2016).

1481 *Marrocco v. General Motors Corp.* F.2d 220, 221 (7th Cir. 1992).

1482 *May Coating Techs., Inc. v. Illinois Tool Works*, 157 F.R.D. 55, 56–57 (D. Minn. 1994); *M&M Med. Supplies v. Pleasant Valley Hosp.*, 981 F.2d 160, 163 (4th Cir. 1992).

gegen eine solche Anordnung verstoßen, kann das Gericht angemessene Sanktionen verhängen.¹⁴⁸³

II. Rechtsschutz gegen *discovery orders*

Grundsätzlich kann eine vom Gericht des ersten Rechtszuges erlassene Schutzanordnung nicht mit einem Rechtsbehelf angegriffen werden. Rechtsbehelfe stehen grundsätzlich nur gegen endgültige Entscheidungen, die den Rechtsstreit abschließen, zur Verfügung (28 U.S.C. § 1291). Ausnahmen kommen vor allem nach dem *All Writs Act* (28 U.S.C. § 1651) in Betracht. Danach können Bundesgerichte höherer Instanzen die Entscheidungen der Gerichte niedriger Instanzen überprüfen, wenn dies erforderlich scheint, um in außergewöhnlichen Einzelfällen allgemeine Rechtsgrundsätze zu wahren.¹⁴⁸⁴

III. Durchsetzung der *pre-trial discovery*

Schließlich wäre die *pre-trial discovery* nicht sonderlich effektiv, wenn sie – wo notwendig – nicht auch mit gerichtlichen Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden könnte. Daher wird abschließend dargestellt, welche Mechanismen das US-amerikanische Zivilprozessrecht zur Durchsetzung (*enforcement*) der *pre-trial discovery* vorsieht.¹⁴⁸⁵

1. Zwangsanordnung (*order to compel*)

Weigert sich eine Partei, Material offenzulegen, ohne einen hinreichenden Grund für diese Weigerung zu haben, kann die gegnerische Partei¹⁴⁸⁶ einen Antrag (*motion to compel*) auf Erlass einer Zwangsanordnung (*order to*

1483 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.108 [2] (December 2022).

1484 *Glenmede Trust Co. v. Thompson*, 56 F.3d 476, 482 (3d Cir. 1995); 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.107 (December 2022).

1485 Insgesamt dazu 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 22 (December 2022).

1486 Zur Frage, wer den Antrag stellen kann s. 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 22.02 [1] (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.04 (December 2022).

compel) stellen (*FRCP 37(a)*).¹⁴⁸⁷ Zuvor muss diese Absicht jedoch der anderen Partei mitgeteilt und eine gütliche Streitbeilegung versucht worden sein.¹⁴⁸⁸

Ein solcher Antrag kann unabhängig davon gestellt werden, ob es sich um Informationen handelt, die im Rahmen der *required disclosures*, spezifischer *discovery requests*, oder die mittels *deposition*, *interrogatory* oder Inaugenscheinnahme erlangt werden sollen.¹⁴⁸⁹ Es wird unterschieden, ob die Antwort auf ein Beweismittelersuchen nur unvollständig erteilt oder vollständig verweigert wurde. Wurde unvollständig geantwortet, wird das Gericht Maßstäbe formulieren, an denen die Antwort fortan zu messen sein wird. Wird die Antwort vollständig verweigert, steht eine größere Auswahl an Sanktionen zur Verfügung. Diese hängen davon ab, um welches Beweismittel es geht (*FRCP 37(c)-(e)*).¹⁴⁹⁰ Im Antrag auf Erlass der Zwangsanordnung muss angegeben werden, weshalb die Antwort für unzureichend gehalten wird.¹⁴⁹¹

Das Gericht kann den Antrag sodann ganz oder teilweise ablehnen oder ihm stattgeben.¹⁴⁹² Hat die andere Partei einen entsprechenden (Gegen-)Antrag (*cross-motion*) auf Erlass einer Schutzanordnung gestellt, kann über beide Anträge in einem Zug entschieden werden.¹⁴⁹³ Bei der Beurteilung dieser Frage wird sich das Gericht von den Vorgaben von *FRCP 26(a)* leiten lassen.¹⁴⁹⁴ Es kommt darauf an, ob das konkrete Beweismittel für den Rechtsstreit von Bedeutung, nicht besonders geschützt und die Offenlegung verhältnismäßig ist.¹⁴⁹⁵ In diesem Rahmen wird das Gericht auch über die Kosten, die für den Zwangsantrag angefallen sind, zu entscheiden

1487 BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 379 (2021); Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 22.

1488 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 22.02 [3], [4] (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.05 [3], [4] (December 2022).

1489 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 22.01 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.02 (December 2022).

1490 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.03 (December 2022).

1491 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 22.02 [5] (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.05 [5] (December 2022).

1492 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.20 (December 2022).

1493 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.21 (December 2022).

1494 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 22.03 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.02 [1] (December 2022).

1495 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 22.04 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.22 (December 2022); s. ausf. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).

haben. Typischerweise trägt diese – in Abweichung von dem Grundsatz, dass jede Partei ihre eigenen Kosten zu tragen hat – die in bezüglich dieser konkreten Frage unterlegene Partei (*FRCP* 37(a)(5)).¹⁴⁹⁶ Außerdem wird das Gericht Sanktionen für den Fall, dass der Zwangsanordnung nicht Folge geleistet wird androhen.¹⁴⁹⁷

2. Zwangsmaßnahmen (*sanctions*)

Die in Betracht kommenden Sanktionen sind in *FRCP* 37(b) aufgelistet. Die Vorschrift unterscheidet Sanktionen zunächst je nach dem, vor welchem Gericht der Antrag auf Erlass der Zwangsanordnung gestellt wird. Das spielt eine Rolle, wenn eine *deposition* in einem anderen Gerichtsbezirk als die Hauptverhandlung durchgeführt werden soll. Weigert sich ein Zeuge, an einer solchen *deposition* mitzuwirken, kann das Gericht an seinem Wohnsitz, dies als *contempt of court* werten (*FRCP* 37(b)(1)).

Wird eine Zwangsanordnung, mit der die *pre-trial discovery* oder die *required disclosure* durchgesetzt werden soll, missachtet, sieht *FRCP* 37(b)(2)(A) eine Reihe verschiedener Rechtsfolgen vor.¹⁴⁹⁸ Dabei ist grundsätzlich unerheblich, ob Adressat der Zwangsanordnung eine Partei oder ein Zeuge ist.¹⁴⁹⁹ Allerdings sieht die Vorschrift in *FRCP* 37(b)(2)(A)(i)-(vi) nur Zwangsmaßnahmen vor, die sich gegen eine Partei richten. *FRCP* 37(b)(2)(A)(i) bestimmt, dass die von der beweisbelasteten Partei vorgetragenen Tatsachen schlicht als wahr angesehen werden können. *FRCP* 37(b)(2)(A)(iii) sieht vor, dass der Vortrag der Parteien ganz oder teilweise gestrichen werden kann und gemäß *FRCP* 37(b)(2)(A)(v) kann die Klage ganz oder teilweise abgewiesen werden, wenn der Kläger seinen *discovery*-Verpflichtungen nicht nachkommt.¹⁵⁰⁰ Sowohl gegen eine Partei als auch gegen einen Zeugen kommt die Annahme der Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) in Betracht. Das soll sicherstellen, dass einer konkreten Gerichtsanordnung Folge geleistet wird, klarstellen, dass diesen ganz all-

1496 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 22.05 (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.23 (December 2022).

1497 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 22.

1498 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 22.23 [1] (December 2022); 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.42 (December 2022).

1499 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.41 (December 2022).

1500 Ausführlich zu den Zwangsmaßnahmen im Einzelnen 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.51 (December 2022).

gemein Folge zu leisten ist und – wo angemessen – Behinderungen der Wahrheitsfindung bestrafen.¹⁵⁰¹ Insgesamt steht den Gerichten sowohl hinsichtlich der Feststellung eines Verstoßes gegen eine Zwangsanordnung als auch bei der Auswahl der Strafe ein weiter Beurteilungsspielraum zu.¹⁵⁰²

Außerdem sieht *FRCP 37(c)-(f)* für eine Reihe von Verstößen spezifischere Strafen vor. Die Vorschriften betreffen Fälle, in denen *discovery*-Anfragen trotz entsprechender gerichtlicher Anordnung nicht ergänzt oder korrigiert werden,¹⁵⁰³ eine Partei nicht an ihrer eigenen Vernehmung (*deposition*) teilnimmt, *interrogatories* nicht beantwortet oder einer *request for production or inspection* nicht Folge leistet¹⁵⁰⁴, sich nicht an der Entwicklung und Einreichung eines *discovery plan* beteiligt¹⁵⁰⁵ oder Beweismaterial unbrauchbar macht.¹⁵⁰⁶

F. Zwischenergebnis

Im Rahmen der *pre-trial discovery* wird dem Prozessgegner weitgehender Zugang zu allen für den Fall relevanten Beweismitteln gewährt. Das ist grundsätzlich unabhängig davon, in wessen Besitz sich das Beweismittel befindet. So kann der Sachverhalt von beiden Parteien umfassend aufgeklärt werden. Überraschungen finden in der Hauptverhandlung nicht mehr statt. Besondere Bedeutung kommt dem Instrument der *deposition* zu. Damit können Zeugen von den Parteien bereits vor Beginn der Hauptverhandlung befragt und so kann ein besonders genaues Bild des fraglichen Sachverhalts gezeichnet werden. Allerdings ist die Durchführung dieser *depositions* regelmäßig mit großem Aufwand und hohen Kosten verbunden. Abhängig vom Einzelfall ist daher der Einsatz weiterer Instrumente der *pre-trial discovery* sinnvoll.

Die enorme Reichweite der *pre-trial discovery* wird über das Erfordernis, dass das begehrte Beweismittel für den Fall relevant sein muss, hinaus nur durch einzelne Ausschlussmerkmale beschränkt. Das Beweismittel darf zum einen keinem besonderen Schutz (*privilege*) unterfallen, wobei

1501 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.41 (December 2022).

1502 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.50 [2] (December 2022); s. zu „kreativen Sanktionen“ unter texanischem Recht HEADLEY, 32 ST. MARY'S L.J. 115 (2000).

1503 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.60-76 (December 2022).

1504 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.90-99 (December 2022).

1505 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.110-111 (December 2022).

1506 7 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 37.120-122 (December 2022).

hier der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und das Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant als besonders wichtige Fallgruppen zu beachten sind. Zum anderen beschränkt *FRCP 26(c)(1)* die *pre-trial discovery*, wenn diese dem Gegner unzumutbare Belastungen auferlegen würde.

Kapitel 4 – Herausgabe von Beweismitteln im Recht europäischer Staaten und im Europarecht

Regelmäßig wurden Offenlegungssysteme mit Blick in fremde Rechtsordnungen analysiert.¹⁵⁰⁷ Auch das englische,¹⁵⁰⁸ französische¹⁵⁰⁹ und das schweizerische¹⁵¹⁰ Recht sowie weitere¹⁵¹¹ Rechtsordnungen kennen Offenlegungsmechanismen. Im Wege eines Vergleichs dieser Rechtsordnungen wurde herausgearbeitet, dass Mitwirkungspflichten zur Wahrheitsfindung anderen Rechtsordnungen keineswegs fremd sind.¹⁵¹² Die Reichweite dieser Mitwirkungspflichten stand dabei – soweit ersichtlich – jedoch nicht im Zentrum der wissenschaftlichen Auseinandersetzung.

A. Ursprung der Offenlegungspflichten im europäischen Recht

Bevor im zweiten Teil dieses Kapitels die europarechtlichen Grundlagen der Offenlegungspflichten im deutschen Recht dargestellt und analysiert werden,¹⁵¹³ scheint es angezeigt, zunächst die Herkunft dieser Vorgaben aufzuzeigen und dabei besonderes Augenmerk auf den Inhalt der jeweiligen Offenlegungsregeln zu legen. Insbesondere die Durchsetzungsrichtlinie

1507 Z. B. Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 17 ff.; Haeffs, Auskunftsanspruch, S. 44 ff.; Prütting, AnwBl 2008, 153; Huber, Transnationale Modellregeln für Zivilverfahren; Katzenmeier, JZ 2002, 533; Schlosser, JZ 1991, 599, 600 ff.

1508 S. nur Brandt, Disclosure.

1509 Dazu bspw. Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung; Schlosser, in: FS-Sonnenberger, 135 ff.

1510 Dazu Affolter, Durchsetzung von Informationspflichten, S. 117 ff.; in der Schweiz soll etwa die Auskunftspflicht im Scheidungsprozess höher zu gewichten sein, als die steuerrechtliche Schweigepflicht, vgl. OGE 40/2005/31 v. 13.01.2006.

1511 Richter, GRUR-Prax 2019, 500; Deguchi, in: FS-Leipold, S. 555 ff.; zum österreichischen Recht: Rassi, ZZP 121 (2008), 165; zum japanischen Recht: Yoshida, Informationsbeschaffung, S. 121 ff.

1512 Schon Schlosser, JZ 1991, 599, 606 stellte fest, dass ein restriktives Verständnis prozessualer Sachaufklärung im internationalen Vergleich rückgängig ist. S. dazu auch Koch, Mitwirkungsverantwortung, S. 45 ff.; Stürner, RabelsZ 69 (2005), 201, 232 ff.; Schlosser, in: FS-Sonnenberger, S. 136 ff.; Andrews, ZZP Int 8 (2003), 69, 84 ff.; Katzenmeier, JZ 2002, 533, 537 f.; Chartier, ZZP 91 (1978), 286, 296 ff.

1513 S. u. Kapitel 4 A. II. (S. 298).

ist diesbezüglich dem Vorbild der englischen¹⁵¹⁴ *Anton-Piller-Order* und der französischen *saisie-contrefaçon* nachgebildet¹⁵¹⁵ und orientiert sich an Art. 43a des TRIPS-Übereinkommens.¹⁵¹⁶ Diese Instrumente der Beweismittlung und Beweissicherung werden daher an dieser Stelle zunächst dargestellt.

I. England und Wales

Auch wenn das Vereinigte Königreich die Europäische Union zum 31.01.2020 verlassen hat, ändert dies nichts an dem Umstand, dass die dort geltenden Regeln über den Zugang zu Beweismitteln die europäischen Gesetzgebungsakte zu dieser Thematik maßgebend beeinflusst haben. Allerdings gelten auch im Vereinigten Königreich – abhängig vom Landesteil – unterschiedliche Zivilprozessrechte, wobei die europäischen Regeln zu den Offenlegungsansprüchen vor allem durch das in England und Wales geltende Recht beeinflusst wurden, so dass hier nur das Recht dieser Landesteile dargestellt wird.¹⁵¹⁷

In England und in Wales wird das Zivilprozessrecht durch die *Civil Procedure Rules (CPR)*¹⁵¹⁸ geregelt.¹⁵¹⁹ Diese sollen die möglichst zutreffende Sachverhaltsermittlung ermöglichen, weil nur so das Vertrauen der Bevöl-

1514 Der Einfachheit halber wird in der Folge schlicht vom „englischen“ Recht gesprochen, wobei klarzustellen ist, dass die *Civil Procedure Rules* für England und Wales gelten.

1515 Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums vom 30.01.2003, KOM(2003) 46 endgültig, S. 15; *Wimmers*, in: Schricker/Löwenheim, UrhR, 6. Aufl. 2020, § 101a Rn. 6; *Spindler*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 101a UrhG Rn. 1; *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 1.

1516 Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums vom 30.01.2003, COM(2003) 46 endgültig, S. 22.

1517 Zum Einfluss des amerikanischen Rechts auf das englische Recht s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.22 f.

1518 Abrufbar unter <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules> (zuletzt abgerufen am 11.07.2023); zur Geschichte der *discovery* bzw. *disclosure* im englischen *common law* und zu früheren Kodifizierungen s. den kurzen Überblick bei P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.11 ff.

1519 Zur Entwicklung der vorprozessualen Sachverhaltsaufklärung in England s. o. V., 74 HARV. L. REV. 940, 946–948 (1961).

kerung in die Gerichte sichergestellt werden könne.¹⁵²⁰ Gleichwohl wird anerkannt, dass es schon aus praktischen Gründen nicht um die Erforschung absoluter Wahrheit gehen kann.¹⁵²¹ Insgesamt werden die Parteien jedoch dazu angehalten, mit Beweismitteln offen umzugehen, anstatt diese aus prozesstaktischen Gründen geheim zu halten.¹⁵²²

In einem weiteren und nicht-technischen Sinn beschreibt der Begriff „disclosure“ eine Reihe von Verfahren des Zivilprozessrechts mit welchen Informationen gewonnen, Ineffizienzen beseitigt und prozessuale Nachteile beseitigt werden sollen. Dazu gehören neben den *pre-action protocols*¹⁵²³, den klagebestimmenden Schriftsätzen (*statements of case*) und den Zeugen-aussagen (*witness statements*)¹⁵²⁴ auch Sachverständigengutachten (*expert reports*),¹⁵²⁵ die körperliche und geistige Untersuchung des Klägers (*physical inspection* und *clinical investigation of state of mind*)¹⁵²⁶ sowie Durchsuchungsanordnungen (*search orders*)¹⁵²⁷ und die Untersuchung von Gegenständen (*inspection of property*).¹⁵²⁸

Die Regelungen über die *disclosure* in diesem weiten Sinn bezwecken unter anderem die Vermeidung von Überraschungen in der Hauptverhandlung, die Waffengleichheit der Parteien mit Blick auf die Beweisführung, die Förderung der gütlichen Streitbeilegung und das Vermeiden doppelter Sachverhaltserforschung. Dem Gericht soll eine angemessene und gerechte Entscheidung ermöglicht werden. Dabei wird erkannt, dass es sowohl „zu viel“ als auch „zu wenig“ *disclosure* geben kann.¹⁵²⁹ Die *disclosure* dient außerdem der Vorbereitung von Zeugenaussagen und der Beweissi-

1520 Andrews, ZZP Int 8 (2003), 69, 76.

1521 Andrews, ZZP Int 8 (2003), 69, 76.

1522 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.09.

1523 Ausf. T Goriely, R Moorhead and P Abrams, *More Civil Justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour* (The Law Society and Civil Justice Council, London 2002) (abrufbar unter <https://orca.cf.ac.uk/44483/1/557.pdf>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023); Deguchi, in: FS-Leipold, S. 558 f.

1524 S. u. Kapitel 4 A. I. 2. (S. 291).

1525 S. u. Kapitel 4 A. I. 2. b) (S. 291).

1526 S. u. Kapitel 4 A. I. 3. b) (S. 298).

1527 S. u. Kapitel 4 A. I. 3. a) bb) (S. 294).

1528 S. u. Kapitel 4 A. I. 3. a) (S. 293); s. die Auflistung mit diesen (und weiteren) Methoden der Sachverhaltserforschung im englischen Zivilprozess Andrews, ZZP Int 8 (2003), 69, 83-84.

1529 AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 15.5.

cherung.¹⁵³⁰ Dies wird erreicht, indem einer Partei Zugang zu Dokumenten, Informationen oder gegenständlichen Beweismitteln gewährt wird.¹⁵³¹ Insgesamt kommt dabei die Überzeugung zum Ausdruck, dass ein gerechtes Ergebnis eher in einem offenen als einem von Geheimhaltung geprägten Verfahren erzielt werden kann.¹⁵³²

Auch wenn insbesondere die *Anton-Piller-Order* stets als Vorlage der europäischen Offenlegungspflichten genannt wird, ist doch zu beachten, dass das englische Zivilprozessrecht den Zugang zu Beweismitteln detailliert regelt und die Durchsuchungsanordnungen (*search orders*), wie die *Anton-Piller-Orders* mittlerweile genannt werden, nur einen Aspekt dieses feingliedrigen Systems darstellen.¹⁵³³ Im Rahmen dieser Arbeit soll dieses System jedenfalls in seinen Grundzügen dargestellt werden. Innerhalb des so geregelten Zugangs zu Beweismitteln werden Dokumentenoffenlegung und Dokumenteneinsicht, die Offenlegung von Informationen und der Zugang zu gegenständlichen Beweismitteln unterschieden:

1. Dokumentenoffenlegung und Dokumenteneinsicht

In einem engeren Sinn und als *terminus technicus* des englischen Zivilprozessrechts beschreibt der Begriff „(*documentary*) *disclosure*“ allein die Offenlegung von Dokumenten (*disclosure and inspection of documents*), wie sie in *Part 31* der *Civil Procedure Rules* geregelt ist.¹⁵³⁴ Gemäß *CPR 31.2* ist *disclosure* die Angabe einer Partei, dass ein Dokument existiert oder existiert hat. Die Dokumentenoffenlegung ist das wichtigste Element der

1530 S. Andrews, ZJP Int 8 (2003), 69, 82.

1531 S. diese Untergliederung bei P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.05.

1532 Lord Edmund-Davies bringt dies in *Waugh v British Railways Board* [1980] AC 521, 543, HL auf den Punkt, indem er formuliert: “Justice is better served by candour than by suppression. [...] privilege ... distracts from the fairness of the trial by denying a party access to relevant documents or at least subjecting him to surprise.”

1533 Zu diesen s. u. Kapitel 4 A. I. 3. a) bb) (S. 294).

1534 Vor der Einführung der *Civil Procedure Rules* im Jahr 1998 wurden die Maßnahmen zur Dokumentenoffenlegung unter dem Stichwort „*discovery*“ diskutiert, vgl. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.01; Andrews, ZJP Int 8 (2003), 69, 82; Schaaß, *Discovery*; s. auch Janal, *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz*, S. 155 ff.

Beweismitteloffenlegung im englischen Zivilprozess¹⁵³⁵ und hat in der Praxis die größte Bedeutung.¹⁵³⁶

CPR 31.3 (1) bestimmt, dass ein offengelegtes Dokument von der gegnerischen Partei eingesehen werden kann. Ausgenommen sind Fälle, in denen das Dokument sich nicht mehr in der Herrschaft (*control*) der offenlegenden Partei befindet, diese Partei das Recht oder die Pflicht hat, die Einsichtnahme zu verweigern oder ein Fall von CPR 31.3 (2) bzw. CPR 78.26 vorliegt (CPR 31.3 (1)(a)-(d)). Bezüglich CPR 31.3 (1)(b) regelt CPR 31.19 das Verfahren, wenn ein Recht oder eine Pflicht, die der Offenlegung entgegenstehen, geltend gemacht werden.¹⁵³⁷ CPR 32.3 (2) regelt Fälle, in denen die Offenlegung unverhältnismäßig erschiene. CPR 78.26 betrifft Fälle, in denen grenzüberschreitende Streitigkeiten mittels Mediation gelöst werden sollen.

Die Vorschriften über die *disclosure* sind weitgehend disponibel, so dass das Gericht davon abweichende Anordnungen treffen kann. Gemäß CPR 31.12 kann das Gericht etwa anordnen, in welcher Reihenfolge Dokumente offenzulegen sind oder welcher Aufwand bei der Suche nach einem Dokument betrieben werden muss. Ebenso kann bestimmt (und auch von den Parteien vereinbart) werden, dass das gesamte *disclosure*-Verfahren in verschiedenen Stufen durchgeführt wird (CPR 31.13).¹⁵³⁸

a) Voraussetzungen der disclosure

Die *disclosure* findet grundsätzlich in allen zivilprozessualen Verfahren statt. CPR 31.5 (1)(a) bestimmt grundsätzlich die Durchführung der *standard disclosure*.¹⁵³⁹ Die *disclosure* beginnt, sobald die Klage erhoben ist. Gemäß CPR 31.16 kann auch ein Antrag auf Zulassung der vorprozessualen *disclosure* gestellt werden. Einsicht kann in alle Dokumente genommen werden, die in einem bestimmenden Schriftsatz (*statement of case*), einer schriftlichen Zeugenaussage (*statement of witness*) gemäß CPR 32.4,

1535 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.02.

1536 Brandt, Disclosure, S. 41.

1537 S. u. Kapitel 4 A. I. 1. e) (S. 282).

1538 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.20.

1539 Näher dazu sogl. Kapitel 4 A. I. 1. c) (S. 280); die Form der *disclosure* ist von dem jeweils statthafter Verfahren abhängig, s. dazu Brandt, Disclosure, S. 45 ff.

der Zusammenfassung einer Zeugenaussage (*witness summary*) gemäß CPR 32.9 oder einer Versicherung an Eides statt (*affidavit*) erwähnt werden (CPR 31.14).¹⁵⁴⁰

Gemäß CPR 31.6 müssen die Parteien im Rahmen der *standard disclosure* alle Dokumente vorlegen, die ihre Argumentation stützen, die die Erfolgsaussichten der eigenen Position beeinträchtigen oder die die Position einer anderen Partei beeinträchtigen oder stützen.¹⁵⁴¹ Dabei wird von den Parteien ein hohes Maß an Ehrlichkeit und Problembewusstsein verlangt.¹⁵⁴² Des Weiteren müssen Dokumente offengelegt werden, wenn eine einschlägige *Practice Direction* dies anordnet (CPR 31.6 (a)-(c)).¹⁵⁴³ Allgemeine Anweisungen zur Durchführung der *disclosure and inspection* enthält *Practice Direction 31A*. *Practice Direction 31B*¹⁵⁴⁴ ist bei der Offenlegung elektronisch gespeicherter Informationen und *Practice Direction 31C*¹⁵⁴⁵ im Rahmen der Offenlegung in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten zu beachten. Letztere dient der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie.¹⁵⁴⁶ Grundsätzlich kommt es darauf an, dass ein Dokument für den Rechtsstreit von Bedeutung ist.¹⁵⁴⁷

Ist eine Partei der Auffassung, die Offenlegung von Dokumenten oder Dokumentenklassen sei im Einzelfall nicht angemessen, muss sie diesbe-

1540 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.86 ff.

1541 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.28; zu den Schwächen des alten Rechts a. a. O. 26.15.

1542 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.22.

1543 Zum Ganzen S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.14.

1544 https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31/pd_part31b.

1545 <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31/practice-direction-31c-disclosure-and-inspection-in-relation-to-competition-claims>.

1546 Ausf. dazu C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-39 f.

1547 *Wallace Smith Trust Co v Deloitte Haskins & Sells* [1997] 1 WLR 257, CA; dabei wird in diesem Teil der Arbeit nicht das Wort *relevance* mit „Bedeutung“ übersetzt, sondern der Umstand, dass das fragliche Beweismittel in dem Fall eine Rolle spielen kann, beschrieben, vgl. zur sprachlichen Unterscheidung zwischen *relevance* und der vom englischen Gesetzgeber gewählten Formulierung auch S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.13. Daher werden etwa Dokumente, die allein der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen dienen, nicht von der *disclosure* erfasst, vgl. *Favor Easy Management Ltd v Wu* [2011] 1 WLR 1803, CA.

züglich zunächst nicht angeben, ob solche Dokumente existieren und dementsprechend auch keine Dokumenteneinsicht gewähren (CPR 31.3 (2)(a)). Allerdings muss dies im *disclosure statement* (Stellungnahme zur Offenlegung gemäß CPR 31.10 (6)) dann auch so begründet werden (CPR 31.3 (2)(b)). Bei der Entscheidung über die Frage, ob die Offenlegung unverhältnismäßig ist, wird das Gericht besonders darauf achten, dass das *disclosure*-Verfahren in einem angemessenen Verhältnis zum geltend gemachten Anspruch steht.¹⁵⁴⁸

b) Umfang und Pflichten im Rahmen der disclosure

Die *Civil Procedure Rules* bestimmen auch, was die Parteien im Rahmen der *disclosure* zu tun haben und in welcher Weise die Dokumenteneinsicht und gegebenenfalls auch die Beweissicherung abläuft.

aa) Gegenstand der *disclosure*

Gegenstand der *disclosure* sind Dokumente (*documents*). Gemeint ist jeder Informationsträger (CPR 31.4). Erfasst wird jeder Gegenstand, der geeignet ist, Informationen sinnlich wahrnehmbar zu machen.¹⁵⁴⁹ Daher werden auch und insbesondere elektronisch gespeicherte Daten von diesen Vorschriften erfasst,¹⁵⁵⁰ denen im modernen Zivilprozess eine besonders wichtige Rolle zukommt.¹⁵⁵¹ Das liegt auch daran, dass in E-Mails und sozialen Netzwerken besonders offen kommuniziert wird und sich in den dort festgehaltenen Unterhaltungen häufig die *smoking gun* finden lässt.¹⁵⁵² In diesem Bereich kommt es besonders auf die Umstände des Einzelfalls an, sodass sich hier kaum verallgemeinerungsfähige Regeln feststellen las-

1548 *Andrews*, ZZP Int 8 (2003), 69, 85.

1549 *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 60.

1550 *Practice Direction 31A*, para 2A.1.

1551 Dazu auch S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.17; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-05; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.13.

1552 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 8-10, 9-28.

sen.¹⁵⁵³ Immerhin scheint Einigkeit darüber zu bestehen, dass auch gelöschte Daten, die wiederhergestellt werden können, und Metadaten Gegenstand der *disclosure* sein können.¹⁵⁵⁴

Die fragliche Information kann bildlich, wörtlich oder auch als verschlüsselter Code festgehalten sein. Ebenso werden Fotografien, Audio-, und audio-visuelle Aufzeichnungen von der *disclosure* erfasst.¹⁵⁵⁵ Nicht erfasst werden jedoch Informationen, die nicht verkörpert, das heißt nur im Geist einer Person festgehalten sind.¹⁵⁵⁶ Kopien unterfallen ebenfalls der *disclosure*. Sofern auf einer Kopie jedoch Änderungen des Originals zu erkennen sind, wird diese als eigenständiges Dokument behandelt (CPR 31.9).

Gemäß CPR 31.8 (1) erstreckt sich die *disclosure* nur auf Dokumente, die sich im Herrschaftsbereich (*control*) einer Partei befinden oder befunden haben. Das ist der Fall, wenn sich das Dokument im Besitz der Partei befindet oder befunden hat,¹⁵⁵⁷ die Partei ein Recht zum Besitz an dem Dokument hat oder hatte oder die Partei das Recht hat oder hatte, Einsicht in das Dokument zu nehmen oder Kopien von dem Dokument anzufertigen¹⁵⁵⁸ (CPR 31.8 (2)).¹⁵⁵⁹

Die wesentlichen Kriterien zur Beurteilung der Frage, wann sich ein Dokument so im Herrschaftsbereich einer Partei befindet, dass diese zur *disclosure* verpflichtet ist, wurden in *Lonrho Ltd. et al. v. Shell Petroleum Co. Ltd. et al.*¹⁵⁶⁰ entwickelt. In diesem Fall verlangte die Klägerin Offenlegung von Dokumenten, die sich im unmittelbaren Besitz von Gesellschaften befanden, deren Geschäftsanteile letztlich vollständig von der Beklagten

1553 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-08.

1554 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.16; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-12; zu Metadaten ausdrücklich PD 31B, para 29.

1555 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.16.

1556 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.14.

1557 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-29.

1558 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-20.

1559 Zum Ganzen ausf. und mit Beispielen S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.18 f.; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-20.

1560 [1980] 1 WLR 627, HL.

gezeichnet waren.¹⁵⁶¹ Das Gericht entschied, dass die Beklagte nicht ohne Mitwirkung ihrer Tochtergesellschaften über die herausverlangten Dokumente verfügen konnte, so dass die Beklagte nicht die Macht (*power*)¹⁵⁶² hatte, die Offenlegung der Dokumente anzuordnen.¹⁵⁶³ Entscheidend für diese Feststellung war der Umstand, dass die Beklagte nicht unmittelbar an den Tochtergesellschaften sondern nur über eine andere Tochtergesellschaft beteiligt war.¹⁵⁶⁴ Erschwerend kam hinzu, dass die Tochtergesellschaften teilweise im Vereinigten Königreich, teilweise im damaligen Rhodesien und in Südafrika gegründet worden waren.¹⁵⁶⁵ Weil das Unternehmensrecht in den verschiedenen Ländern jedoch vergleichbar war, kam es in diesem Fall auf die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen nicht an und es konnte insgesamt festgestellt werden, dass nicht der Gesellschafter, sondern die Geschäftsführung darüber entscheidet, welche Dokumente vorgelegt werden und welche nicht.¹⁵⁶⁶

Der Einwand der Klägerin, die Beklagte könne den Gesellschaftsvertrag ihrer Tochtergesellschaften so anpassen, dass sie selbst ein Einsichtsrecht in die herausverlangten Unterlagen hätte, wurde vom Gericht mit dem Argument verworfen, es sei nicht Aufgabe des Gerichts, die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen komplexer Konzernstrukturen durch Urteil so zu gestalten, dass die *disclosure* im Sinne der Klägerin durchgeführt werden könne. Das Gesetz setze voraus, dass der Offenlegungsschuldner gegenwärtig oder in der Vergangenheit auf die Dokumente zugreifen konnte. Ob ein Zugriffsrecht in Zukunft geschaffen werden könne, sei unerheblich.¹⁵⁶⁷

Auch wenn in diesem Fall die Offenlegung nicht geschuldet war, wird auf Grundlage des dort entwickelten *Lonrho*-Tests heute noch gefragt, ob der Offenlegungsschuldner gegenüber dem Dritten ein gegenwärtig durchsetzbares Recht auf Besitzverschaffung hat.¹⁵⁶⁸ Ist das der Fall, ist er zur Offenlegung des fraglichen Beweismittels verpflichtet.

1561 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 628 f., HL.

1562 Die damals maßgebliche Vorschrift verlangte, „documents which are or have been in his possession, custody or power relating to any matter in question in the cause or matter ...“, s. *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 633, HL.

1563 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 629, HL.

1564 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 634, HL.

1565 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 634, HL.

1566 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 634, HL.

1567 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 635, HL.

1568 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 635, HL.

bb) Umfang der *disclosure*

Der Umfang der *disclosure* wird zunächst durch die Voraussetzung, dass ein Dokument für den Rechtsstreit von Bedeutung (*relevance*) sein muss, bestimmt.¹⁵⁶⁹ Dabei hat sich das Verständnis dessen, was unter „*relevance*“ zu verstehen ist, im Laufe der Zeit grundlegend geändert. Ursprünglich galt hier die *Peruvian Guano*-Formel, nach der die Offenlegung von allen Informationen verlangt werden konnte, die zu einer relevanten (weiteren) Information führen könnten („*train of inquiry*“).¹⁵⁷⁰ Ein derart weites Verständnis bringen die *Civil Procedure Rules* nicht mehr zum Ausdruck. Allerdings wird die *disclosure* auch nicht ausdrücklich enger gefasst. So weit gefasste *disclosure*-Anordnungen kommen dennoch nur in besonderen Fällen in Betracht. Eine besonders gründliche *disclosure* kann angeordnet werden, wenn einer Partei bereits Betrug oder unwahre Behauptungen nachgewiesen werden können.¹⁵⁷¹ Insbesondere ist zu beachten, dass die Vorschriften über die *disclosure* keine *fishing expeditions* ermöglichen sollen, mittels derer zunächst in Erfahrung gebracht werden soll, ob die Klage oder die Verteidigung gegen eine Klage überhaupt Aussicht auf Erfolg hat.¹⁵⁷²

Aus den *Civil Procedure Rules* ergeben sich im Wesentlichen sechs Pflichten des zur Offenlegung Verpflichteten.¹⁵⁷³ Diese Verpflichtungen können durch Vereinbarung ausgeschlossen oder modifiziert werden (*CPR* 31.5 (3), *CPR* 31.10 (8), *CPR* 31.13, *CPR* 31.22 (1)(c)).¹⁵⁷⁴ Davon abgesehen kann eine Partei stets Einfluss auf den Umfang der vorzulegenden Dokumente nehmen, indem sie sich schlicht nicht auf diese bezieht, nicht klagt oder einen Anspruch anerkennt. Ein Klageverzicht oder ein Anerkenntnis kommt in Betracht, wenn die preiszugebenden Informationen so wertvoll sind, dass

1569 S. auch Niehr, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 62.

1570 *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique v Peruvian Guano Co* [1882] 11 QB 55, 63, QB.

1571 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-32; zur Entwicklung s. auch Brandt, *Disclosure*, S. 50.

1572 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-35; Brandt, *Disclosure*, S. 71 m. w. N.

1573 Andrews, ZZP Int 8 (2003), 69, 86.

1574 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.01.

sich die klageweise Geltendmachung des Anspruchs oder die Verteidigung gegen eine Klage nicht lohnt.¹⁵⁷⁵

aaa) Offenlegung und *disclosure statement*

Zunächst muss jede Partei der anderen Partei eine Liste mit den für den Fall bedeutsamen Dokumenten zukommen lassen (CPR 31.10 (2)).¹⁵⁷⁶ Dabei müssen alle für den Fall relevanten Dokumente aufgelistet werden,¹⁵⁷⁷ was auch gilt, wenn diese vernichtet oder an eine andere Person übersendet oder übergeben wurden.¹⁵⁷⁸ In diesem Zusammenhang wird außerdem das *disclosure statement* abgegeben (CPR 31.10 (5)).¹⁵⁷⁹ Darin ist zu beschreiben, in welchem Umfang nach Dokumenten gesucht wurde¹⁵⁸⁰ und dass die Regeln über die *disclosure* verstanden und beachtet wurden (CPR 31.10 (6)). Außerdem muss hier angegeben werden, ob und aus welchem Grund die Offenlegung verweigert werden soll (CPR 31.7 (3)).

Ist eine große Zahl von Dokumenten offenzulegen, so kann auf eine Auflistung verzichtet werden. Stattdessen werden die Dokumente selbst oder Kopien davon übergeben.¹⁵⁸¹ Dann besteht allerdings die Gefahr, dass geheime Informationen versehentlich offengelegt werden oder, dass beson-

1575 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.27.

1576 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.34.

1577 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.35; dabei sollen sich die Parteien an dem Formular N265 “List of documents: standard disclosure”, das unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/866795/n265-eng.pdf abgerufen werden kann (zuletzt abgerufen am 11.07.2023), orientieren (CPR 4, PD 4 para 1.7); zur Verwendung dieses Formulars s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.08 ff.

1578 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.38.

1579 Ausf. dazu S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.35 ff.; P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.05 ff.; s. auch N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 87.

1580 Dazu u. Kapitel 4 A. I. 1. b) bb) ddd) (S. 278).

1581 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.01.

ders kritische Dokumente in der Vielzahl von Dokumenten versteckt werden und die gegnerische Partei so zu einer mühsamen und fehleranfälligen Suche gezwungen wird.¹⁵⁸² Grundsätzlich ist es aber Aufgabe der Partei, die die Dokumente im Besitz hat, diese zu sichten und zusammenzustellen.¹⁵⁸³

Weil auch Dokumente aufgelistet werden müssen, in die unter Umständen später keine Einsicht gewährt werden muss, weil ein Recht zur Verweigerung besteht,¹⁵⁸⁴ genügt, dass die Dokumente in dieser Liste nur sehr vage beschrieben werden. Insbesondere muss die Beschreibung der Dokumente keine Rückschlüsse auf deren Inhalt zulassen.¹⁵⁸⁵ Ist nur ein Teil eines Dokuments für den Rechtsstreit von Bedeutung, kann der Rest geschwärzt werden. Dies muss wiederum in der Liste angegeben werden.¹⁵⁸⁶ Tauchen nach der Übergabe der *document list* noch weitere Dokumente auf, muss dies der gegnerischen Partei genauso mitgeteilt werden, wie wenn im Nachhinein Fehler bei der Zusammenstellung der Dokumente erkannt werden.¹⁵⁸⁷ Dies geschieht typischerweise im Wege einer weiteren Liste.¹⁵⁸⁸

bbb) Gewährung von Dokumenteneinsicht

Kernelement der Dokumentenoffenlegung im englischen Zivilprozess ist die Pflicht, der gegnerischen Partei Einsicht in Dokumente (*inspection*) zu gewähren, solange diese nicht vom Einsichtnahmerecht ausgenommen

1582 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.01.

1583 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.01 m. w. N.

1584 S. u. Kapitel 4 A. I. 1. e) (S. 282).

1585 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.06.

1586 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.18.

1587 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.28 ff.

1588 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.34.

sind.¹⁵⁸⁹ Die Einräumung der Möglichkeit einer lediglich äußerlichen Betrachtung ist nicht ausreichend.¹⁵⁹⁰

Das Einsichtsbegehren muss dem Gegner schriftlich mitgeteilt werden, der diesem Ersuchen dann binnen sieben Tagen entsprechen muss (CPR 31.15). Dazu muss der anderen Partei mitgeteilt werden, wann und wo die Dokumenteneinsicht stattfinden soll.¹⁵⁹¹ Ist diese Partei mit den mitgeteilten Modalitäten der Dokumenteneinsicht nicht einverstanden, kann das Gericht angerufen werden.¹⁵⁹²

Im Rahmen der Dokumenteneinsicht kann dann auch die Anfertigung von Kopien verlangt werden (CPR 31.15(c)).¹⁵⁹³ Ist der Inhalt eines Dokuments in fremder Sprache verfasst, muss es regelmäßig übersetzt werden, wobei die Parteien angehalten sind, sich über die Kosten der Übersetzung zu einigen. Andernfalls kann die in der Hauptverhandlung erfolgreiche Partei Ersatz für diese Kosten verlangen. Sind bereits Übersetzungen vorhanden, müssen diese ebenfalls vorgelegt werden.¹⁵⁹⁴ Auch wo es um die Einsicht in elektronisch gespeicherte Daten geht, sind die Parteien zur Zusammenarbeit angehalten.¹⁵⁹⁵ Diese Daten müssen grundsätzlich im ursprünglichen Dateiformat vorgelegt werden, sodass alle Metadaten erhalten bleiben.¹⁵⁹⁶

Zur Einsichtnahme ist grundsätzlich die jeweilige Partei berechtigt. Typischerweise wird sie jedoch vom Prozessvertreter oder dessen Mitarbeitern

1589 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-29 f.; dabei ist es auch möglich, Stellen die nicht von Bedeutung für den Rechtsstreit oder besonders geheimhaltungsbedürftig sind, zu schwärzen, s. S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.76.

1590 Niehr, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 74.

1591 Dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.16, 9.18; S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.75.

1592 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.39.

1593 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.19 ff.

1594 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.24 f.

1595 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.26 ff.

1596 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.78.

durchgeführt.¹⁵⁹⁷ Allerdings kann das Gericht in besonderen Fällen auch anordnen, dass eine Partei nicht selbst Einsicht in diese Unterlagen nehmen darf.¹⁵⁹⁸ Ein von der Partei bestellter Sachverständiger darf nur mit Zustimmung des Gerichts Einsicht nehmen (*PD 31B, para 33*).¹⁵⁹⁹

ccc) Informationssicherung

Weiterhin muss jede Partei sicherstellen, dass die für die *disclosure* in Frage kommenden Dokumente auch tatsächlich vorgelegt werden können. Die Parteien haben somit die Pflicht, Material, welches für einen Rechtsstreit von Bedeutung sein kann, nicht zu zerstören.¹⁶⁰⁰ Diese Pflicht besteht auch mit Blick auf in Zukunft mögliche Rechtsstreitigkeiten.¹⁶⁰¹ Bei Verstößen gegen diese Pflicht, kann der gegnerische Vortrag als erwiesen fingiert und eine negative Kostenfolge angeordnet werden.¹⁶⁰² Auch strafrechtliche Sanktionen sind denkbar.¹⁶⁰³ Es ist Aufgabe des Prozessvertreters sicherzustellen, dass diese Pflicht von seiner Partei beachtet wird.¹⁶⁰⁴

ddd) Suche nach Dokumenten

Gemäß *CPR 31.7 (1)* ist eine Partei auch verpflichtet, mit angemessenem Aufwand nach Dokumenten zu suchen (*duty to search*), die für die Argumentation der anderen Partei von Bedeutung sein können oder die die eigene Position beeinträchtigen. Zur Beurteilung der Frage, in welchem Maß diese Suche angemessen ist, können die Zahl der in Frage kommenden Dokumente, die Natur und die Komplexität des Verfahrens, die Zu-

1597 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.36.

1598 Z. B. *Church of Scientology of California v DHSS* [1979] 1 WLR 723.

1599 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.37.

1600 N Andrews, *Principles of Civil Procedure* (Sweet & Maxwell, London 1994), 11-016.

1601 Andrews, ZJP Int 8 (2003), 69, 86.

1602 *Infabrics Ltd v Jaytex Inc* [1985] FSR 75, Jeff QC; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-24.

1603 N Andrews, *Principles of Civil Procedure* (Sweet & Maxwell, London 1994), 11-016.

1604 N Andrews, *Principles of Civil Procedure* (Sweet & Maxwell, London 1994), 11-017.

griffsmöglichkeiten und die Kosten der Suche sowie die Bedeutung des einzelnen Dokuments für den Fall berücksichtigt werden (CPR 31.7 (2)).¹⁶⁰⁵

eee) Keine verfahrensfremde Verwertung

CPR 31.22 regelt die Frage, ob im Zuge der *disclosure* offengelegtes Material auch außerhalb der Hauptverhandlung verwertet werden darf. Grundsätzlich sind der Informationsempfänger, sein Prozessvertreter und sonstige Dritte dazu verpflichtet, die erhaltenen Informationen nicht zu anderen Zwecken als in dem streitgegenständlichen Verfahren zu verwenden (*collateral undertaking*).¹⁶⁰⁶ Grundsätzlich dürfen diese Informationen also nicht in anderen Verfahren verwertet oder zur Einleitung eines neuen Verfahrens genutzt werden (*Riddick Principle*).¹⁶⁰⁷ Die erlangten Informationen dürfen auch nicht Dritten mitgeteilt werden.¹⁶⁰⁸

Ausnahmen werden gemacht, wenn das fragliche Dokument in einer der Öffentlichkeit zugänglichen Anhörung verlesen wurde, das Gericht die weitergehende Verwertung gestattet oder sich die Parteien über die weitergehende Verwertung einig sind (CPR 31.22 (1)). Wurde das Dokument in einer öffentlichen Anhörung verlesen, kann das Gericht auf Antrag einer Partei oder des Eigentümers des Dokuments (CPR 31.22 (3)) gleichwohl anordnen, dass es nicht außerhalb des Verfahrens verwertet werden darf (CPR 31.22 (2)).¹⁶⁰⁹

1605 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.32 f.; dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.36.

1606 Früher *implied undertaking*; zum Ganzen s. C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), Ch 28.

1607 *Riddick v Thames Board Mills Ltd* [1977] QB 881, CA; mit weiteren Beispielen S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.90; Janal, *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz*, S.168; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.45.

1608 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.45.

1609 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.91; ausf. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.51 ff.

c) Verfahren

Die *disclosure* findet grundsätzlich erst nach Klageerhebung statt. Allerdings erlaubt CPR 31.16 dem Gericht auch die Anordnung der vorprozessualen Dokumentenoffenlegung (*pre-trial disclosure*), wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen.¹⁶¹⁰ Der Entscheidung über einen entsprechenden Antrag wird das Gericht Faktoren wie beispielsweise die Natur der Rechtsverletzung, die Kosten der *pre-trial disclosure*, die Art der offenzulegenden Dokumente oder die Frage, ob die Klage auch ohne *pre-trial disclosure* erhoben werden kann, zugrundelegen.¹⁶¹¹

CPR 31.10 regelt das Verfahren zur Durchführung der *standard disclosure*. Danach muss jede Partei der anderen zunächst mitteilen, welche Dokumente sie für den Fall von Bedeutung erachtet. Anhand dieser Liste sollen sich die fraglichen Dokumente so einfach und genau wie möglich bestimmen lassen. Sie muss auch erkennen lassen, hinsichtlich welcher Dokumente die Offenlegung verweigert werden soll und welche Dokumente sich nicht mehr im Herrschaftsbereich der Partei befinden sowie was mit diesen Dokumenten geschehen ist.

Ist eine Partei mit der vom Gegner vorgenommenen *disclosure* nicht zufrieden gestellt, so kann sie zunächst beim Gericht beantragen, dass der Gegner dazu verpflichtet wird, an Eides statt zu versichern (*affidavit*), dass die im Rahmen der *disclosure* gemachten Angaben zutreffen (CPR 3.1(1), 32.1(1)).¹⁶¹² Wurde die *disclosure* nicht entsprechend den dargestellten Regeln durchgeführt werden, kann gemäß CPR 31.12 ein Antrag auf Durchführung eines besonderen Offenlegungsverfahrens (*specific disclosure*) gestellt werden.¹⁶¹³ Darüber hinaus kommen auch die allgemeinen Regeln gemäß CPR 3.10(b), 3.4(2)(c) zur Anwendung, nach denen sichergestellt werden kann, dass das Verfahrensrecht beachtet wird.

1610 Die vorprozessuale Dokumentenoffenlegung war vor Einführung der *Civil Procedure Rules* nur sehr eingeschränkt möglich, vgl. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.57 ff.

1611 Z. B. *Black & Ors v Sumitomo Corp & Ors* [2002] 1 WLR 1562, par 96-98, CA; ausf. zum Ganzen N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.57 ff.

1612 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.40 f.

1613 Dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.48 ff.; Brandt, *Disclosure*, S. 52.

d) Disclosure durch Dritte

CPR 31.17 regelt sodann die *disclosure*, wenn sich ein für den Fall relevantes Dokument nicht im Besitz einer Partei, sondern im Besitz eines Dritten befindet. Dies muss zunächst bewiesen werden. Anschließend kann das Gericht in einer Zwischenverfügung gemäß CPR 25.1(1)(j) die Offenlegung anordnen, wenn das Dokument den Fall beeinflussen kann und seine Vorlage erforderlich ist, um eine gerechte Entscheidung herbeizuführen oder um Kosten zu sparen. In dieser Anordnung müssen die offenzulegenden Dokumente genau bezeichnet werden.¹⁶¹⁴ Der Dritte kann dazu verpflichtet werden, Dokumente zu benennen, die sich nicht mehr in seinem Besitz befinden oder hinsichtlich derer er ein Einsichtnahmeverweigerungsrecht geltend machen will. Der Dritte ist wie eine Partei zur Suche nach Dokumenten verpflichtet.¹⁶¹⁵ Außerdem kann er zu der Angabe, was mit den nicht mehr in seinem Besitz befindlichen Dokumenten geschehen ist, verpflichtet werden. Schließlich können in der Anordnung auch Zeit und Ort der Einsichtnahme bestimmt werden. Der Dritte kann die ihm entstehenden Kosten regelmäßig ersetzt verlangen (CPR 48.1(2), (3)).¹⁶¹⁶

Eine besondere Form dieser Anordnung sind *Norwich Pharmacal Orders*,¹⁶¹⁷ durch die ein im Lager eines Rechtsverletzers stehender Dritter zur Dokumentenoffenlegung verpflichtet wird.¹⁶¹⁸ Ein vergleichbares Ergebnis kann im Einzelfall auch erzielt werden, indem die Dokumentenvorlage im Rahmen der Zeugenvorladung¹⁶¹⁹ angeordnet wird oder gegen den Dritten eine Durchsuchungs- und Sicherungsanordnung¹⁶²⁰ erlassen wird.¹⁶²¹

1614 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.99.

1615 Janal, *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz*, S. 163 (Rn. 27).

1616 Andrews, ZZZ Int 8 (2003), 69, 88.

1617 Benannt nach dem namensgebenden Verfahren *Norwich Pharmacal Co v Customs and Excise* [1973] 3 WRL 164, HL.

1618 Andrews, ZZZ Int 8 (2003), 69, 88 f.

1619 Dazu u. Kapitel 4 A. I. 2. a) (S. 291).

1620 Dazu u. Kapitel 4 A. I. 3. a) bb) (S. 294).

1621 Janal, *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz*, S. 162 f. (Rn. 26, 28) m. w. N.

e) Einsichtnahmeverweigerungsrecht

Der Offenlegungsverpflichtung muss nicht unter allen Umständen nachgekommen werden. Insoweit bestimmt *CPR 31.3(b)*, dass eine Partei zur Verweigerung der Einsichtnahme berechtigt sein kann.¹⁶²² Gemäß *CPR 31.19 (3), (4)* muss dies unter Angabe eines Grundes im *disclosure statement* vorgetragen werden. *CPR 31.19* enthält über ein allgemein anerkanntes Einsichtnahmeverweigerungsrecht hinaus eine Reihe von Fällen, in denen eine Partei beim Gericht die Befreiung von der Verpflichtung zur Einsichtgewährung beantragen kann.¹⁶²³ Ein entsprechender Antrag muss stets durch Beweise gestützt werden (*CPR 31.19 (7)*).

Anstatt die Einsichtnahme vollständig zu verweigern, kann das Gericht zunächst anordnen, dass es das Dokument zunächst selbst einsehen darf (*CPR 31.18 (6)(a)*) oder dass die Dokumente nur geschwärzt (*blacking out*)¹⁶²⁴ oder einem bestimmten Personenkreis vorgelegt werden müssen.¹⁶²⁵

aa) Allgemeines Einsichtnahmeverweigerungsrecht

Das allgemeine Einsichtnahmeverweigerungsrecht¹⁶²⁶ kommt insbesondere zum Schutz der Privatsphäre und wirtschaftlicher Geheimnisse in Betracht.¹⁶²⁷ Grundsätzlich hat aber niemand das Recht, dem Gericht Informationen mit dem Argument, diese seien geheimer Natur, vorzuenthalten.¹⁶²⁸ Von diesem Grundsatz kann im Einzelfall abgewichen werden, so dass Privatsphäre und Betriebsgeheimnisse keinen absoluten, wohl aber

1622 Dazu sogl. Kapitel 4 A. I. 1. e) aa) (S. 282).

1623 Dazu *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 92.

1624 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 10-11 ff.

1625 Sog. *confidentiality-rings/clubs*, s. C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 10-06 ff.; s. auch *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 164 f.; *Enchelmaier*, GRUR Int 2012, 503, 510 f.

1626 Auch Recht zur Vorenthaltung, vgl. z. B. *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 159 (Rn. 19).

1627 S. auch *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 91; *Enchelmaier*, GRUR Int 2012, 503, 508 ff.

1628 AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 15.129; *Brandt*, Disclosure, S. 65.

relativen Schutz erfahren.¹⁶²⁹ Sind diese Interessen betroffen, so hat der Richter dies im Rahmen seiner Entscheidung über den Offenlegungsantrag zu berücksichtigen.¹⁶³⁰ Wird ein Recht zur Verweigerung der Einsichtnahme anerkannt, so muss dem Gegner das betreffende Dokument nicht vorgelegt werden. Gleichwohl muss in der *disclosure list* offengelegt werden, dass sich die schutzwürdige Partei im Besitz dieses Schriftstücks befindet (CPR 31.10(4)(a)).

bb) Einsichtsverweigerung im öffentlichen Interesse

Zunächst kann eine Partei das Recht – unter Umständen auch die Pflicht¹⁶³¹ – haben, die Einsicht in Unterlagen zu verweigern, wenn die Geheimhaltung der darin enthaltenen Informationen dem öffentlichen Interesse dient (*public interest immunity*, vgl. CPR 31.19).¹⁶³² Das ist vor allem dann, der Fall, wenn die Art oder der Inhalt¹⁶³³ dieser Dokumente öffentliche Interessen gefährden.¹⁶³⁴ So sind etwa diplomatische Berichte oder Unterlagen,

1629 So *Brandt*, Disclosure, S. 65 m. w. N. in Fn. 173; s. schon *Stadler*, Schutz von Unternehmensgeheimnissen, S. 110 ff., 158 ff., 196 ff.

1630 S. dazu *Brandt*, Disclosure, S. 66; speziell zum Schutz des Unternehmensgeheimnisses AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 15.154 f.

1631 Dazu S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.72.

1632 Es handelt sich um eine neue Formulierung für das in *Duncan v Cammell, Laird & Co Ltd* [1942] AC 624, HL etablierte *crown privilege*. In diesem Fall klagten die Hinterbliebenen der Besatzung eines gesunkenen U-Boots gegen die Regierung und verlangten im Rahmen der *disclosure* Offenlegung der Konstruktionsunterlagen. Diese wurden als streng geheime Militärunterlagen unter Verschluss gehalten und bestand die Befürchtung, dass die Offenlegung dazu führen würde, dass sensible Informationen in die Hände feindlicher Agenten geraten könnten. Das *House of Lords* entschied, dass die Gerichte nicht anordnen können, dass als geheim eingestuftes Material offengelegt werden muss. Die Formulierung *crown privilege* wurde in *R v Lewes Justices, Hollander ex parte Home Secretary* [1973] AC 400, 412, HL für nicht mehr zeitgemäß erachtet, weil sie die Reichweite des Regierungshandelns nicht hinreichend darstelle. Zum Ganzen s. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.03; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), Ch 22.

1633 Ausf. zu dieser Unterscheidung N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.15 ff.

1634 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.72; zu weiteren Fällen vgl. N Andrews, *English Civil Pro-*

die die nationale Sicherheit, den Kernbereich des Regierungshandelns oder bestimmte Angelegenheit der Polizei betreffen, aufgrund ihres sensiblen Inhalts von der *disclosure* ausgenommen. Gleiches gilt für Dokumente, die einer besonderes schützenswerten Kategorie zuzuordnen sind. Dazu gehören etwa Kabinettsprotokolle oder die Aufzeichnungen lokaler Behörden zur Sozialarbeit.¹⁶³⁵ Insgesamt ist eine Interessenabwägung nötig, wobei zugunsten der die Offenlegung beantragenden Partei das in Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährte Recht auf einen fairen Prozess zu beachten ist.¹⁶³⁶

cc) Keine Verpflichtung zur Selbstbeichtigung einer Straftat

Im *common law* ist das Recht zur Verweigerung der Aussage, wenn dies die Gefahr der Strafverfolgung begründen würde (*privilege against self-incrimination*), anerkannt.¹⁶³⁷ Im Zusammenhang mit der *disclosure* schützt das Recht davor, dem Gegner Einsicht in Unterlagen gewähren zu müssen, wenn dies Grundlage für die strafrechtliche Verfolgung der Partei (oder ihres Ehepartners)¹⁶³⁸ sein kann.¹⁶³⁹

Allerdings wird erkannt, dass die Anwendung des Schutzes vor Selbstbelastung in bestimmten Bereichen zu einer erheblichen Behinderung des *disclosure*-Mechanismus führt. Für das Immaterialgüterrecht wurde die Möglichkeit, sich auf diesen Schutz zu berufen daher durch *section 28*

cedure: Fundamentals of the New Civil Justice System (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.07 ff. und zu aktuelleren Entwicklungen 30.52 ff.

1635 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.72; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.01.

1636 EGMR, Urt. v. 30.10.2001 – 29545/95 – Devlin v. U.K.; EGMR, Urt. v. 08.04.1997 – 20390/92 u. 21322/93 – Tinnelly & Sons Ltd et. al. v. U.K.

1637 Auch „Recht zu Schweigen“ (*right to silence*), vgl. *R v Director of Serious Fraud Office, ex parte Smith* [1993] AC 1 at 30-1, HL, wo auch die damit verbundenen Privilegien explizit aufgelistet werden; zu aktuellen Entwicklungen s. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 29.54 ff.; s. auch Niehr, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 78.

1638 *Civil Evidence Act 1968, section 14(1)*.

1639 *Den Norske Bank ASA v Antonatos* [1998] QB 271, QB; *Rank Film Distributors Ltd v Video Information Centre* [1982] QB 380, QB; *Blunt v Park Lane Hotel Ltd* [1942] 2 KB 253, KB; s. allgemein N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 29.06 ff.

des *Copyright, Design and Patents Act 1988* aufgehoben.¹⁶⁴⁰ Die Interessen des Verletzers sind dennoch geschützt, weil die so zu Tage geförderten Beweismittel nur in Zivil-, nicht aber in Strafverfahren verwertet werden dürfen.¹⁶⁴¹ Auch im Insolvenz-, Banken- und Finanz- sowie im Unternehmensrecht finden sich Vorschriften, die das Schweigerecht beschränken.¹⁶⁴² Stets ist das Recht auf einen fairen Prozess (Art. 6 Abs. 1 EMRK) zu berücksichtigen.¹⁶⁴³

dd) Besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant

Des Weiteren begründet das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwälten und ihren Mandanten ein besonders praxisrelevantes Einsichtnahmeverweigerungsrecht, das sog. *legal professional privilege*.¹⁶⁴⁴ Im auf Auseinandersetzung angelegten Prozess des *common law* (*adversarial proceedings*) kommt diesem Schutz große Bedeutung zu. So wird gewährleistet, dass das Recht auf anwaltliche Vertretung im Prozess nicht dadurch ausgehöhlt wird, dass der Rechtsanwalt im Rahmen der *disclosure* zum Verrat geheimer Informationen verpflichtet werden kann.¹⁶⁴⁵ Nur so könne sichergestellt werden, dass dem Rechtsanwalt alle für den Fall relevanten Informationen mitgeteilt werden können.¹⁶⁴⁶

Geschützt wird die gesamte Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant (*legal professional privilege*). Unterschieden werden die anwaltliche Beratung (*legal advice privilege*) und die Prozessvorbereitung (*liti-*

1640 S. dazu DI Bainbridge, *Intellectual Property* (10th edn., Pearson, Harlow 2018), 53 f.

1641 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.46; Brandt, *Disclosure*, S. 68.

1642 Zu weiteren Einschränkungen s. auch S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.45, 31.47; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 29.23 m. w. N.

1643 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 29.29 ff. m. w. N.

1644 Sehr ausf. dazu C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), Ch. 17-Ch. 18; s. auch P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.15; Niehr, *Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung*, S. 81 ff.

1645 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.48.

1646 *D v National Society for the Prevention of Cruelty to Children* [1978] AC 171, 231 f., HL; Brandt, *Disclosure*, S. 68.

gation privilege).¹⁶⁴⁷ Das *legal advice privilege* betrifft die direkte Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant und wird großzügig angewendet.¹⁶⁴⁸ Das *litigation privilege* betrifft die Kommunikation des Anwalts mit Dritten oder zwischen dem Mandanten und einem Dritten, wenn dieser Informationsaustausch hauptsächlich der Vorbereitung oder der Führung eines Zivilprozesses dient.¹⁶⁴⁹ Erfasst wird auch ein fortlaufendes Beratungsverhältnis.¹⁶⁵⁰ Das *legal professional privilege* gilt auch für Syndikusrechtsanwälte, solange sie rechtlich beratend tätig und nicht nur mit Verwaltungsaufgaben betraut sind.¹⁶⁵¹

Etwas anderes gilt nur, wenn es um besonders verwerfliches und kollusives Zusammenwirken von Rechtsanwalt und Mandant geht oder das Gesetz eine Ausnahme vom *legal professional privilege* anordnet.¹⁶⁵² Nicht erfasst wird daher ein Informationsaustausch, der der Begehung einer Straftat, insbesondere eines Betrugs, dient (*crime-fraud exception*).¹⁶⁵³ Auch zum Schutz von Kindern gibt es entsprechende Ausnahmen.¹⁶⁵⁴ Ursprünglich von der *disclosure* erfasstes Material wird nicht dadurch schützenswert, dass es von einem Anwalt oder seinem Mandanten zur Prozessvorbereitung vervielfältigt oder übersetzt wird.¹⁶⁵⁵

Abgesehen von diesen Ausnahmen wird die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant jedoch absolut geschützt, so dass keine Abwägung im Einzelfall in Betracht kommt.¹⁶⁵⁶ Das *legal professional privilege* dient nicht nur dem Schutz des Mandanten, sondern dem Schutz der Rechtsordnung

1647 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.49; AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 16.7 f.; zu dieser Unterscheidung genauer Brandt, *Disclosure*, S. 69.

1648 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 27.02 ff.

1649 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 27.21 ff.

1650 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.51.

1651 Brandt, *Disclosure*, S. 68; Magnus, *Anwaltsprivileg*, S. 204.

1652 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.57.

1653 Dazu ausf. Magnus, *Anwaltsprivileg*, S. 221 ff.

1654 S. z. B. *Essex County Council v R* [1994] Fam 167.

1655 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 27.42 ff.

1656 AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 16.1.

insgesamt, weil nur so das Recht auf einen fairen Prozess (Art. 6 Abs. 1 EMRK) gewährleistet ist.¹⁶⁵⁷

ee) Vorprozessuale Verhandlungen und Gespräche unter Beteiligung eines Vermittlers

Weiterhin sollen die Parteien nicht in ihrer Bereitschaft zur gütlichen Streitbeilegung behindert werden, weil sie befürchten müssen, dass im Rahmen dieser Verhandlung offengelegte Informationen später in der Hauptverhandlung Verwendung finden¹⁶⁵⁸. In diesem Rahmen offengelegte Informationen unterfallen dem *without prejudice privilege* und müssen daher im Rahmen der *disclosure* nicht offengelegt werden.¹⁶⁵⁹ Voraussetzung ist lediglich, dass es sich um den ernst gemeinten Versuch von Vergleichsverhandlungen handelt.¹⁶⁶⁰ Ausreichend ist die Vorlage zum Zweck der Vergleichsverhandlungen, eine besondere Kennzeichnung ist nicht erforderlich.¹⁶⁶¹ Vergleichbares gilt in Bezug auf Gespräche, die unter Beteiligung eines Vermittlers (*conciliation*)¹⁶⁶² stattfinden.¹⁶⁶³

f) Verzicht auf das Verweigerungsrecht

Auf das Verweigerungsrecht kann – auch konkludent durch Herausgabe der fraglichen Dokumente – grundsätzlich verzichtet werden.¹⁶⁶⁴ Entscheidend kommt es dabei darauf an, zu wessen Schutz das Verweigerungsrecht dient.

1657 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.48; Brandt, *Disclosure*, S. 70; AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 16.2.

1658 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 25.05 ff.

1659 Brandt, *Disclosure*, S. 71.

1660 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 25.11.

1661 *Chocoladenfabriken Lindt & Sprüngli AG et al v The Nestlé Co Ltd* [1978] RPC 287, Ch.

1662 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 25.45 ff.

1663 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 25.45.

1664 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.65.

Auf das *legal professional privilege* kann etwa nur der Mandant verzichten.¹⁶⁶⁵ Dass Unterlagen, die im Rahmen von Vergleichsgesprächen oder unter Beteiligung eines Vermittlers ausgetauscht wurden, von der *disclosure* ausgenommen sind, dient dem Schutz beider Parteien, so dass die Zustimmung beider Parteien erforderlich ist.¹⁶⁶⁶ Eine Sonderrolle nimmt insoweit die *public interest immunity* ein. Weil sie dem Schutz von Allgemeininteressen dient, kann auf sie grundsätzlich nicht verzichtet werden.¹⁶⁶⁷ Ist eine Partei zur Verweigerung der Offenlegung berechtigt und gewährt offensichtlich irrtümlich (*obvious mistake*) gleichwohl Einsicht, so darf der Inhalt des betroffenen Dokuments nur mit Zustimmung der zur Verweigerung berechtigten Partei verwertet werden (*CPR 31.20*).¹⁶⁶⁸

g) Folgen der fehlerhaften Offenlegung

Wird die Offenlegung zu Unrecht und entgegen einer entsprechenden Anordnung des Gerichts verweigert, kann sich die zur Offenlegung verpflichtete Partei gemäß *CPR 31.21* nicht auf das betreffende Dokument berufen, solange das Gericht dem nicht zustimmt.

Macht eine Partei, ohne dabei in gutem Glauben zu sein, im *disclosure statement* falsche Angaben, so können Maßnahmen wegen Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) eingeleitet werden (*CPR 31.23*). Näheres regeln *CPR 81.17* und *CPR 81.18*, die die allgemeinen Vorschriften über *contempt of court* für den Fall der Missachtung eines Urteils oder einer gerichtlichen Anordnung (*CPR 81.4-11*) modifizieren.

1665 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.64; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), Ch 23; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 27.70 ff.

1666 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.64.

1667 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.28 ff.

1668 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.70.

h) Durchsetzung der disclosure

Kommt eine Partei ihren Pflichten im Rahmen der *disclosure* nicht nach, kann das Gericht auf entsprechenden Antrag der anderen Partei diese Verpflichtung durch gerichtliche Anordnung feststellen. Dabei wird das Gericht auch angemessene Sanktionen androhen.¹⁶⁶⁹ Meint die nichtleistende Partei, zur Verweigerung der Einsichtgewährung berechtigt zu sein, kann dies im Zuge dieser Entscheidung berücksichtigt werden.¹⁶⁷⁰ Dem Gericht ist dabei breites Ermessen eingeräumt.¹⁶⁷¹

Zweifelt eine Partei an der ordnungsgemäßen Offenlegung im Rahmen der *standard disclosure*, so kann sie einen Antrag auf *specific disclosure* stellen. Auch wenn weitere Indizien herausverlangt werden (*train of inquiry*) oder die Glaubwürdigkeit eines Zeugen anhand besonderer Beweismittel festgestellt werden soll, kommt die *specific disclosure* in Betracht.¹⁶⁷² Im Rahmen der *specific disclosure* kann das Gericht konkrete Dokumente benennen, die offengelegt werden müssen und in die Einsicht gewährt werden muss.¹⁶⁷³

Gemäß *CPR 31.21* darf sich eine Partei auf Dokumente, die nicht offengelegt wurden, nicht berufen. Wird gegen die Pflicht zur Dokumentenaufbewahrung verstoßen, so kann eine Behauptung der Gegenseite als erwiesen angesehen werden und eine negative Kostenentscheidung die Folge eines Verstoßes gegen die *disclosure*-Regeln sein.¹⁶⁷⁴ Ein Verstoß gegen eine endgültige Anordnung des Gerichts (*unless order*)¹⁶⁷⁵ oder ein Verstoß, der ein faires Verfahren nicht mehr möglich erscheinen lässt, kann bei besonders schweren Verstößen gegen die maßgeblichen Vorschriften sogar zur Strei-

1669 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), II-01 ff.; NELSON & SIMEK, 37 LAW PRACTICE 25 (2011).

1670 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.81.

1671 Brandt, *Disclosure*, S. 74.

1672 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.84.

1673 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.85.

1674 *Infabrics Ltd v Jaytex Inc* [1985] FSR 75, 79, Jeff QC; Janal, *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz*, S. 168.

1675 S. C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), II-01.

chung der Klage bzw. der Verteidigung gegen die Klage führen, mit der Folge, dass der Rechtsstreit verloren geht (*striking out a case*).¹⁶⁷⁶

Verstößt eine Partei widerrechtlich gegen eine Anordnung des Gerichts, kommt auch eine Bestrafung wegen Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) in Betracht.¹⁶⁷⁷ Die Partei wird dann in Haft genommen, bis sie der gerichtlichen Anordnung nachkommt.¹⁶⁷⁸ Besonders scharfe Strafen kommen in Betracht, wenn Beweismittel vorsätzlich vernichtet oder gefälscht werden.¹⁶⁷⁹

Angesichts dieser strengen Folgen eines Verstoßes gegen die *disclosure*-Vorschriften kommt der Aufsicht durch den Prozessvertreter eine besondere Bedeutung zu. Es ist seine Berufspflicht, hier auf die minutiöse Einhaltung der Regeln zu achten, um ein faires Verfahren zu ermöglichen.¹⁶⁸⁰

i) Kosten

Die Kosten der *disclosure* trägt grundsätzlich die Partei, die sie veranlasst hat. Eine Kostenerstattung erfolgt unter Umständen nach Abschluss der Hauptverhandlung im Rahmen der Kostenentscheidung durch das Gericht. Gemäß *CPR 44.2(2)(a)* trägt grundsätzlich die unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits.¹⁶⁸¹ Allerdings räumt *CPR 44.2(2), (4)* dem Gericht auch diesbezüglich ein weites Ermessen ein. Im Rahmen dieses Ermessens kann insbesondere das Verhalten der Parteien berücksichtigt werden.

Die *disclosure* kann sehr aufwendig und daher kostspielig sein. Einer Partei können Kosten zum einen dadurch entstehen, dass sie die für den Fall relevanten Dokumente suchen und unter Umständen aufbereiten muss.

1676 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-09; Janal, *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz*, S. 168, 110 f.; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.40.

1677 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-29; Janal, *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz*, S. 167; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.44.

1678 Brandt, *Disclosure*, S. 74; ausf. dazu A Arlidge, D Eady and ATH Smith, *Arlidge, Eady & Smith on contempt* (5th edn. Sweet & Maxwell, London 2019).

1679 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-05.

1680 Andrews, *ZZP Int* 8 (2003), 69, 88.

1681 Brandt, *Disclosure*, S. 74.

Zum anderen können Kosten entstehen, wenn eine Partei mit unbedeutenden Dokumenten geradezu überschwemmt wird und sodann „nach der Nadel im Heuhaufen“ suchen muss.¹⁶⁸² Stellt das Gericht eine entsprechende Verschleierungstaktik fest, kann dies im Rahmen der Kostenfolge berücksichtigt werden.¹⁶⁸³

2. Offenlegung von Informationen

Über die Dokumentenoffenlegung und -einsicht im Rahmen der (*documentary*) *disclosure* hinaus gewährt das englische Recht auch auf andere Weise Zugang zu bestimmten Informationen. Dazu gehören die Zeugenvernehmung vor der Hauptverhandlung und die Möglichkeit, Fragen an die andere Partei zu richten.¹⁶⁸⁴

a) Vorprozessuale Zeugenvernehmung (*depositions*)

CPR 34.8(1) ermöglicht es einer Partei, die Zeugenvernehmung vor der Hauptverhandlung zu beantragen.¹⁶⁸⁵ Dem Gericht wird ein weites Ermessen eingeräumt, wenn es um die Fragen geht, ob eine solche *deposition* angeordnet wird und wie diese durchzuführen ist. Bemerkenswert ist, dass vor Einführung der *Civil Procedure Rules* eine solche *deposition* nur in Ausnahmefällen möglich war.¹⁶⁸⁶ Die vorprozessuale Zeugenvernehmung kam danach etwa in Betracht, wenn ein Zeuge wegen Krankheit oder Auslandsaufenthalt nicht in der Hauptverhandlung angehört werden konnte.¹⁶⁸⁷ Ungeklärt ist, ob CPR 34.8(1) zu einer nennenswerten Erweiterung der Anwendungsfälle führt.¹⁶⁸⁸ Es wird jedenfalls festgestellt, dass die *depositions* im englischen Zivilprozess weder hinsichtlich ihres Umfangs noch hinsichtlich der prozessualen Bedeutung den US-amerikanischen *deposi-*

1682 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.03.

1683 Ausf. Brandt, *Disclosure*, S. 75.

1684 Brandt, *Disclosure*, S. 53.

1685 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 30-35.

1686 Brandt, *Disclosure*, S. 55.

1687 Jolowicz, in: FS-Kerameus, S. 541 ff.

1688 Jolowicz, in: FS-Kerameus, S. 541 ff.

ons vergleichbar sind.¹⁶⁸⁹ Im Gegensatz zum US-amerikanischen Zivilprozess, wo dem *witness coaching* herausragende Bedeutung zukommt, ist eine Beeinflussung des Zeugen im englischen Zivilprozess jedoch in jedem Fall unzulässig.¹⁶⁹⁰ Gleichwohl wird betont, dass die vorprozessuale Zeugenvernehmung nicht zu verachtende Vorteile liefern kann.¹⁶⁹¹

b) Fragebögen (*information requests*)

Gemäß *CPR 18.1*¹⁶⁹² kann das Gericht anordnen, dass ein bestimmter Umstand klargestellt oder in Bezug auf einen Umstand weitere Informationen mitgeteilt werden. Eine solche Anordnung kann vom Gericht aus eigenem Antrieb getroffen¹⁶⁹³ oder durch ein Gesuch auf Informationserteilung (*information request*) der anderen Partei angestoßen werden.¹⁶⁹⁴ Ziel dieser Vorschriften ist es, einer Partei die weitere Sachverhaltsaufklärung zu erleichtern. Insbesondere kann so versucht werden, ein Geständnis zu einer bestimmten Tatsache zu erreichen, Schwächen im Fall des Gegners oder Tatsachen, die den eigenen Sachvortrag stützen, zu erforschen.¹⁶⁹⁵

Die Antwort auf eine solche Anfrage muss schriftlich abgefasst, datiert und unterschrieben sein.¹⁶⁹⁶ Gemäß *CPR 22.1(1)(b)* muss die Antwort mit einem *statement of truth* versehen sein.¹⁶⁹⁷

1689 Andrews, ZJP Int 8 (2003), 69, 89.

1690 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 30-17.

1691 Andrews, ZJP Int 8 (2003), 69, 90.

1692 Zu den Vorgängerinstrumenten s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.01 ff.

1693 Dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.22.

1694 Brandt, *Disclosure*, S. 53 f.; zu den Formalitäten und dem Inhalt eines solchen Antrags s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.08 ff., 20.23 ff.

1695 S. dazu para 1 der *Practice Direction* zu Part 18 der *Civil Procedure Rules*; auch P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.06; zu einzelnen Tatsachen a. a. O. 20.38 ff.

1696 Zu weiteren Anforderungen an das Antwortschreiben s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.15 f.

1697 Dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.17.

3. Zugang zu gegenständlichen Beweismitteln

Schließlich besteht auch im englischen Zivilprozess, die Möglichkeit, die Vorlage von gegenständlichen Beweismitteln (*real evidence*) anzuordnen. Dabei kann eine Partei auch beantragen, dass nach solchen Gegenständen gesucht wird. Außerdem besteht die Möglichkeit zur Untersuchung der gefundenen (oder übergebenen) Gegenstände. Auch die medizinische Untersuchung einer Person oder die Einsichtnahme in Pläne ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung.¹⁶⁹⁸

a) Untersuchung von Gegenständen (*inspection*)

Gemäß CPR 25.5 (1) kann eine Partei schon vor Klageerhebung einen Antrag stellen,¹⁶⁹⁹ mit dem sie Untersuchung (*inspection*) von Augenscheinsobjekten verlangt.¹⁷⁰⁰ Das Gericht wird dem Antrag stattgeben, wenn es der Auffassung ist, dass der Gegenstand in einem späteren Verfahren von Bedeutung sein wird („*property which appears to the court to be property which may become the subject-matter of subsequent proceedings*“). Ein Schriftstück oder ein sonstiger Informationsträger, etwa eine Fotografie, ein Audioband oder ein elektronischer Datenträger, kann dabei „*property*“ im Sinne eines Augenscheinsobjekt und „*document*“ im Sinne der (*documentary*) *disclosure* zugleich sein. Zur Unterscheidung kommt es entscheidend darauf an, ob es um den Gegenstand als solchen – dann handelt es sich um ein Augenscheinsobjekt – oder seinen Inhalt – dann handelt es sich um ein *document* – geht.¹⁷⁰¹ Sollen Pläne, Fotografien, Modelle oder auch (verdeckt angefertigte) Videoaufzeichnungen in der Hauptverhandlung als Beweismittel verwendet werden, muss dies der anderen Partei rechtzeitig mitgeteilt und ihr Gelegenheit zur Untersuchung dieser Gegenstände gegeben werden.¹⁷⁰²

1698 Brandt, Disclosure, S. 54.

1699 Zu den Formalitäten eines solchen Antrags s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.03.

1700 Zur Ermittlung ohne Antrag oder gegen den Wunsch der Parteien s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.14 f.

1701 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.02; insofern gilt im deutschen Recht Vergleichbares, s. o. Kapitel 2 A. I. (S. 101).

1702 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.26 f.

aa) Untersuchung

Im Rahmen der *inspection* darf der fragliche Gegenstand zunächst in Augenschein genommen werden. Auch Fotografien dürfen angefertigt werden.¹⁷⁰³ Des Weiteren dürfen Proben genommen und Experimente¹⁷⁰⁴ mit dem Gegenstand durchgeführt werden, wenn das Gericht dies anordnet.¹⁷⁰⁵ Gemäß CPR 35 ist die Untersuchung des Gegenstands durch einen Sachverständigen (*expert witnesses*) nur nach ausdrücklicher gerichtlicher Genehmigung zulässig. Hier kommt besonders deutlich zum Ausdruck, dass Sachverständige im englischen Zivilprozess zunächst und vor allem dem Gericht und nicht einer einzelnen Partei verpflichtet sind (CPR 35.3(1)).¹⁷⁰⁶ Unabhängig vom Verfahrensstadium muss ein Sachverständigengutachten offengelegt werden. Andernfalls kann das Gutachten nicht in der Hauptverhandlung verwertet werden (CPR 35.15).

bb) Insbesondere: Durchsuchungsanordnungen (*Search Orders* oder *Anton Piller Orders*)

Allerdings wird der Begriff der *inspection* weiter verstanden: Erfasst wird auch die Untersuchung im Sinne einer Durchsuchung von beweglichen Gegenständen und Immobilien.¹⁷⁰⁷ Eine entsprechende Anordnung (*search order*) wurde vor dem Erlass der *Civil Procedure Rules* in Anlehnung an den namensgebenden Fall¹⁷⁰⁸ *Anton Piller Order* genannt.¹⁷⁰⁹ Dabei handelt es sich um ein Bündel von einstweiligen Anordnungen, durch die der Adressat

1703 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.02.

1704 Dazu insb. in Patentverletzungsverfahren s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.19 ff.

1705 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.16.

1706 Ausf. dazu N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 32.39 ff.; auch insofern gilt im deutschen Recht Vergleichbares, s. o. Kapitel 2 A. II. (S. 102).

1707 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.04 f.; Janal, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 161 f.

1708 *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd* [1976] Ch 55, CA.

1709 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.1; P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.04; Götting, GRUR Int 1988, 729 ff.

verpflichtet wird, der anderen Partei Zugang zu seinen Räumen zu gewähren. Dort darf die antragstellende Partei dann Beweismittel sicherstellen, wenn die Gefahr besteht, dass diese sonst vom Adressaten der Anordnung zerstört oder verheimlicht werden (CPR 25.1(1)(h) i. V. m. Section 7 des *Civil Procedure Act* 1997).¹⁷¹⁰ Von besonderer Bedeutung sind diese *search orders* in Verfahren des gewerblichen Rechtsschutzes.¹⁷¹¹

Im Rahmen dieser Durchsuchung muss einem Prozessvertreter (*solicitor*) der gegnerischen und der eigenen Partei sowie bestimmten weiteren Personen Zugang zu einem Grundstück und den darauf befindlichen Gebäuden und Fahrzeugen gewährt werden. Sofern es der Sachverhaltsaufklärung dient, können schon in diesem Stadium Sachverständige hinzugezogen werden.¹⁷¹² Diesen Personen muss dann die Suche nach Beweismaterial erlaubt werden.¹⁷¹³ Die Zahl der Anwesenden wird beschränkt, um eine Überrumpelung des Gegners zu vermeiden.¹⁷¹⁴ Dabei handelt es sich um ein besonderes einschneidendes Mittel der Sachverhaltsaufklärung.¹⁷¹⁵ Die besondere Schwere des Eingriffs ergibt sich vor allem daraus, dass sich der Adressat grundsätzlich nicht gegen diese Anordnung verteidigen kann. Dennoch betont *Lord Denning* im namensgebenden Fall, dass es sich nicht um eine Durchsuchungsanordnung im Sinne eines (aus dem Strafrecht bekannten) Durchsuchungsbeschlusses handelt, sondern lediglich erheblicher Druck auf den Gegner ausgeübt werden soll.¹⁷¹⁶ Aufgrund der tiefeinschneidenden (Grundrechts-)Eingriffe formulierte *Lord Omrod* dementsprechend strenge Anforderungen an den Erlass einer *Anton Piller Order*:

“There are three essential pre-conditions for the making of such an order, in my judgment. **First**, there must be an extremely strong *prima facie* case. **Secondly**, the damage, potential or actual, must be very serious for the

1710 Niehr, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 71; zu *search orders* im immateriälgüterrechtlichen Verletzungsverfahren s. DI Bainbridge, *Intellectual Property* (10th edn., Pearson, Harlow 2018), 53.

1711 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.3.

1712 Götting, GRUR Int 1988, 729, 733.

1713 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.2.

1714 Götting, GRUR Int 1988, 729, 733.

1715 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.1.

1716 *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd* [1976] Ch 55, 60, CA.

*applicant. Thirdly, there must be clear evidence that the defendants have in their possession incriminating documents or things, and that there is a real possibility that they may destroy such material before any application inter partes can be made.*¹⁷¹⁷

Erforderlich ist damit neben besonders hohen Erfolgsaussichten für den Antragsteller und einem drohenden schweren Schaden vor allem die Gefahr, dass der Gegner Beweismaterial zerstören wird, wenn er vor der Durchsuchung im Wege der *disclosure* zur Offenlegung verpflichtet wird.¹⁷¹⁸

Im Anhang zu *Practice Direction 25A* findet sich ein Muster für einen Antrag auf Erlass einer *Search Order*, das grundsätzlich immer verwendet werden und nur an den notwendigen Punkten angepasst werden soll. Jede wesentliche Abweichung von diesem Muster soll dem Gericht angezeigt werden.¹⁷¹⁹ Die Verpflichtung zur Duldung der Durchsuchung ist dort in Klausel 6 enthalten:

6. The Respondent must permit the following persons–
- (a) [] ('the Supervising Solicitor');
 - (b) [], a solicitor in the firm of [], the Applicant's solicitors; and
 - (c) up to [] other persons being [their identity or capacity] accompanying them,
(together 'the search party'), to enter the premises mentioned in Schedule A to this order and any other premises of the Respondent disclosed under paragraph 18 below and any vehicles under the Respondent's control on or around the premises ('the premises') so that they can search for, inspect, photograph or photocopy, and deliver into the safekeeping of the Applicant's solicitors all the documents and articles which are listed in Schedule B to this order ('the listed items').

1717 *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd* [1976] Ch 55, 61 f., CA (Hervorhebungen durch den Autor dieser Arbeit); nach einer teilweisen Aufweichung dieser Anforderungen besteht die Rechtsprechung heute auf einer strikten Einhaltung dieses Grundsatzes, s. S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.8 ff.

1718 Götting, GRUR Int 1988, 729, 731 f.

1719 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.14.

Die Dokumente, nach denen gesucht werden darf, müssen in einer gesonderten Liste (*Schedule B*) aufgelistet werden.¹⁷²⁰ Solange sich aus der *Search Order* nichts Besonderes ergibt, kann umfassend nach diesen Dokumenten gesucht werden. Allerdings kann das Gericht die Durchsuchung auch durch vielfältige Regelungen beschränken. Eine solche Beschränkung der Durchsuchungsberechtigung erfolgt zunächst in zeitlicher Hinsicht. Die *Chancery Division* des *High Court* ordnet üblicherweise an, dass die Durchsuchung binnen Wochenfrist durchgeführt wird. Die *Queen's Bench Division* erlaubt die Durchsuchung typischerweise bis zum Erlass einer anders lautenden Anordnung.¹⁷²¹ Außerdem kann der Durchsuchende im Rahmen des *cross-undertaking in damages* zum Schadensersatz für den Fall, dass die *Search Order* später aufgehoben wird, verpflichtet werden.¹⁷²² Außerdem muss der *Solicitor* des Klägers, der bei der Durchsuchung zugleich als *officer of the court* fungiert, den Beklagten genau über den Umfang der Durchsuchungsanordnung und seine Rechte, insbesondere das Recht, seinen Rechtsanwalt hinzuzuziehen, in Kenntnis setzen.¹⁷²³ Auch über das Recht, einen Antrag auf Aufhebung oder Änderung stellen zu dürfen, muss der Adressat der *Search Order* belehrt werden.¹⁷²⁴

Damit besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Adressat gegen die Durchsuchungsanordnung vorgehen kann.¹⁷²⁵ In der Praxis werden diese jedoch häufig widerspruchsfrei befolgt. Geht der Adressat widerrechtlich gegen die Anordnung vor, besteht die Gefahr, dass er wegen Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) bestraft wird.¹⁷²⁶ Eine solche Bestrafung wurde sogar ausgesprochen, als der Antrag erfolgreich war. Die Durchsuchungsanordnung sei zu befolgen, solange sie in Kraft ist. Der späteren Aufhebung komme keine *ex tunc*-Wirkung zu.¹⁷²⁷

1720 S. Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.15; Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 45.

1721 Götting, GRUR Int 1988, 729, 733; J. Adams, 'Anton Piller Orders: An Introduction' [1985] EIPR 293/292.

1722 Götting, GRUR Int 1988, 729, 733.

1723 Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 45; Götting, GRUR Int 1988, 729, 734.

1724 Götting, GRUR Int 1988, 729, 734.

1725 *Z. B. Rank Film Distributors Ltd v Video Information Centre* [1982] QB 380, QB.

1726 Hay, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 46; Götting, GRUR Int 1988, 729, 734.

1727 *Wardle Fabrics Ltd v Myristic Ltd* [1984] FSR 263, 275, Ch.

b) Körperliche und geistige Untersuchung

Die körperliche oder geistige Untersuchung einer Partei oder eines Dritten ist im englischen Zivilprozessrecht nicht ausdrücklich vorgesehen.¹⁷²⁸ Allerdings ist die Möglichkeit zu einer solchen Untersuchung in anderen Gesetzen vorgesehen, wenn es die Interessenlage gebietet.¹⁷²⁹ In Verfahren, die eine Verletzung des Klägers (*personal injury claim*) zum Gegenstand haben, kann eine Partei durch Anordnung des Gerichts zur Duldung der körperlichen Untersuchung angehalten werden.¹⁷³⁰

4. Zusammenfassung

Im englischen Zivilprozessrecht finden sich sehr detaillierte Vorgaben, die den vorprozessualen Beweismittelzugang betreffen. Bei der Gestaltung der konkreten Vorlageanordnung wird dem Richter ein weitreichendes Ermessen eingeräumt. Allerdings stehen ihm aufgrund der gesetzlichen Vorgaben genaue Parameter zur Bestimmung des Umfangs der Offenlegungsverpflichtung zur Verfügung.

II. Frankreich

Auch das französische Recht kennt Mittel der vorprozessualen Sachverhaltsermittlung.¹⁷³¹ Anders als die allgemeinen Regeln über die englische *disclosure* haben die allgemeinen Regeln der französischen Zivilprozessordnung (*Nouveau Code de Procédure Civile [NCPC]*) über die vorprozessua-

1728 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.22.

1729 S. z. B. *Family Law Reform Act 1969, sections 20-23* (Blutuntersuchungen und andere Tests zur Feststellung der Vaterschaft), *Social Security Administration Act 1992, sections 9, 55* (Medizinische Untersuchung der Antragsteller), *Road Traffic Act 1988, sections 6, 7* (Atemalkoholtests).

1730 *Nicholson v Halton General Hospitals NHS Trust* [1999] PIQR 310, CA; *S v S, W v W* [1972] AC 24, HL; *Edmeades v Thames Board Mills Ltd* [1969] 2 QB 67, CA; P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.25 f.

1731 Allgemein zur vorprozessualen Vorlage von Urkunden durch Zeugen und Parteien im französischen Zivilprozess s. Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 222 ff., 367 ff.; Schlosser, in: FS-Sonnenberger, S. 136 ff.; allgemein zum Urkundenbeweis im französischen Recht Teske, Urkundenbeweis, S. 3 ff.

le Beweismittelvorlage die entsprechenden europarechtlichen Vorschriften wohl kaum beeinflusst.

Besondere Aufmerksamkeit soll an dieser Stelle jedoch der *saisie-contrefaçon* (wörtlich Nachahmungsbeschlagnahme)¹⁷³² zuteilwerden. Dabei handelt es sich um eine Anordnung des Gerichts, mit der der Antragsteller berechtigt wird, einen Gerichtsvollzieher (*huissier de justice*) damit zu beauftragen, die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums festzustellen. Dieses Instrument wird häufig zur Beweissicherung und Informationsbeschaffung genutzt, wenn unklar ist, ob und in welchem Umfang eine Schutzrechtsverletzung stattgefunden hat.¹⁷³³ Im Marken- und Urheberrecht dient das Verfahren außerdem der einstweiligen Unterbindung der Rechtsverletzung.¹⁷³⁴

Je nach behaupteter Schutzrechtsverletzung werden die Voraussetzungen der *saisie-contrefaçon* in verschiedenen Normen geregelt (s. nur Art. L332-1 *Code de la Propriété Intellectuelle* [CPI] für Urheberrechtsverletzungen, Art. L716-4-7 CPI für Markenverletzungen und Art. L615-5 CPI für Patentverletzungen).¹⁷³⁵ Gleichwohl ergeben sich aus diesen Normen im Wesentlichen dieselben Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung, mit der die *saisie-contrefaçon* genehmigt wird. Trotz des beschränkten Anwendungsbezugs kann an diesem Beispiel gezeigt werden, wie der Zugang zu Beweismitteln in einem streng regulierten Umfeld ausgestaltet sein kann.

1. Antrag auf Durchführung der *saisie-contrefaçon*

Der Antrag (*requête*) auf Durchführung der *saisie-contrefaçon* kann nur vom Rechtsinhaber oder dem Inhaber einer ausschließlichen Lizenz gestellt werden (Art. L615-2 CPI).¹⁷³⁶ Er muss beim Präsidenten des zuständigen

1732 Tatsächlich handelt es sich weder um ein Verbot noch um eine Beschlagnahme, sondern um ein Verfahren zur Beweissicherung, s. Véron, *Saisie-Contrefaçon*, Ziff. 0.15; Véron, Mitt. 2002, 386, 392.

1733 Boval, GRUR Int 1993, 377, 378.

1734 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 425; zur Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie in Frankreich s. auch Nicolas-Vullierme, WuW 2017, 592.

1735 S. auch Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 424; in der Folge werden exemplarisch nur die besonders ausführlichen Normen zur Patentverletzung zitiert.

1736 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 427; Véron, Mitt. 2002, 386, 392 (Fn. 2); Boval, GRUR Int 1993, 377, 378.

Tribunal Judicaire (TJ) gestellt werden (Art. R615-2 CPI).¹⁷³⁷ In dem Antrag muss der Umfang der gewünschten Durchsuchung genau beschrieben werden.¹⁷³⁸ Insbesondere müssen die Gegenstände, die besichtigt oder beschlagnahmt werden sollen, angegeben werden.¹⁷³⁹ Diese Gegenstände sind hinreichend genau beschrieben, wenn der Gerichtsvollzieher das Beweismittel von anderen Gegenständen eindeutig unterscheiden kann.¹⁷⁴⁰ Sodann hat der Antragsteller die Maßnahmen, die er für erforderlich hält, so genau wie möglich zu beschreiben.¹⁷⁴¹ Typischerweise wird auch angegeben, welche Personen bei der Durchsuchung anwesend sein sollen¹⁷⁴² und wie die Durchsuchung im Einzelnen ablaufen soll.¹⁷⁴³ Es handelt sich nicht um ein kontradiktorisches Verfahren. Der vermeintliche Verletzer erfährt erst bei der Durchführung der *saisie-contrefaçon* von deren Anordnung.¹⁷⁴⁴ Er soll von der *saisie-contrefaçon* überrascht und es soll ihm unmöglich gemacht werden, Beweismittel vor der Durchsuchung zu vernichten oder beiseitezuschaffen.¹⁷⁴⁵

2. Anordnung der *saisie-contrefaçon*

Die *saisie-contrefaçon* darf angeordnet werden, wenn ein (französisches oder europäisches¹⁷⁴⁶) Schutzrecht besteht oder beantragt ist und dessen Verletzung behauptet wird (s. z. B. Art. R615-2 CPI).¹⁷⁴⁷ Nicht erforderlich ist die Wahrscheinlichkeit einer Schutzrechtsverletzung. Beweise für eine

1737 Véron, Mitt. 2002, 386, 393; Boval, GRUR Int 1993, 377, 378.

1738 Véron, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 122.82; Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 25.

1739 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 428.

1740 Véron, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 122.82; Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 428.

1741 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 429.

1742 Véron, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 122.61.

1743 Véron, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 122.71 ff.

1744 Véron, Mitt. 2002, 386, 392; Boval, GRUR Int 1993, 377, 378.

1745 Werner, VPP-Rundbrief 2003, 76; Véron, Mitt. 2002, 386, 392.

1746 Ein europäisches Schutzrecht muss dabei auch Schutz in Frankreich gewähren. Außerdem muss die Schutzrechtsbeschreibung in französischer Sprache vorliegen, s. Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 23 (Fn. 143).

1747 Véron, Mitt. 2002, 386, 393. Bei Verletzung anderer Schutzrechte gelten u. U. abweichende Regeln. Besteht der Verdacht einer Urheberrechtsverletzung, kann die *saisie-contrefaçon* etwa auch bei einem Polizeikommissar oder einem Amtsrichter beantragt werden (Art. L332-1 CPI, s. auch Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 427).

Schutzrechtsverletzung müssen nicht vorgelegt werden.¹⁷⁴⁸ Die *saisie-contrefaçon* bezweckt gerade die Beweismitteloffenlegung.¹⁷⁴⁹ Genügt der Antrag diesen Anforderungen, so ist der Präsident des zuständigen Gerichts verpflichtet, die *saisie-contrefaçon* zu genehmigen. Es kommt zum Ausdruck, dass das Recht zur Durchführung der *saisie-contrefaçon* als unweigerlich mit dem Schutzrecht verbunden verstanden wird.¹⁷⁵⁰

Die Anordnung (*ordonnance*) kann jedoch von dem Antrag insoweit abweichen, als der Umfang der Beweissicherung betroffen ist. Der Präsident des Gerichts bestimmt die Modalitäten der Durchführung der *saisie-contrefaçon*.¹⁷⁵¹ Wird etwa eine Beschlagnahme (*saisie réelle*) beantragt, kann auch nur die Besichtigung und genaue Beschreibung des Verletzungsgegenstandes durch den Gerichtsvollzieher (*saisie descriptive*) angeordnet werden.¹⁷⁵² Tatsächlich handelt es sich bei der *saisie descriptive* um die in der Praxis weitaus bedeutendere Form der *saisie-contrefaçon*.¹⁷⁵³ Die Beschlagnahme (*saisie réelle*) wird nur angeordnet, wenn der Richter die Vorlage des Gegenstandes selbst für sachdienlich erachtet.¹⁷⁵⁴ Der Anordnungsbeschluss wird nur vom Antrag abweichen, wenn zu befürchten ist, dass die *saisie-contrefaçon* zu Zwecken der unzulässigen Ausforschung oder Belästigung missbraucht wird.¹⁷⁵⁵

3. Durchführung der *saisie-contrefaçon*

Der mit der Durchführung der *saisie-contrefaçon* betraute Gerichtsvollzieher wird vom Kläger ausgewählt. Es handelt sich dabei um eine Art „beauftragter Zeuge.“¹⁷⁵⁶ Er kann sich dabei durch einen Fachmann (*homme de l'art*), typischerweise einen Patentanwalt (*conseil en propriété industrielle*), einen Polizeibeamten, und von jeder Person, deren technische Kenntnisse

1748 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 430.

1749 Véron, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 0.15 ff.

1750 Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 25.

1751 Véron, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 123.12; Boval, GRUR Int 1993, 377, 378.

1752 Véron, Mitt. 2002, 386, 393; zur Unterscheidung s. Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 27 f.

1753 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 423.

1754 Boval, GRUR Int 1993, 377, 378.

1755 Z. B. CA Aix-en-Provence, 01.12.1976, PIBD 1977, n° 186, III, 63.

1756 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 426.

nützlich sein können, unterstützen lassen.¹⁷⁵⁷ Diese Personen dürfen dann Immobilien des vermeintlichen Verletzers betreten, um dort das vermeintlich patentverletzende Produkt oder Verfahren zu suchen.¹⁷⁵⁸ Außerdem darf nach sonstigen Beweismitteln gesucht werden, die geeignet sind, die Schutzrechtsverletzung zu beweisen.¹⁷⁵⁹

Eine besonders wichtige Rolle spielt in diesem Zusammenhang der Gerichtsvollzieher. Er führt die Durchsuchung durch und nimmt die gefundenen Beweismittel in Gewahrsam.¹⁷⁶⁰ Außerdem fertigt er ein Protokoll (*procès-verbal*) an, dem im späteren Hauptsacheverfahren ein besonderer Beweiswert zukommt.¹⁷⁶¹ Dieses beruht häufig auf den Vorgaben eines Patentanwalts und ist sehr detailliert.¹⁷⁶² Es dient dem Gericht im Verletzungsprozess als Grundlage, wenn es um die Beantwortung der Frage geht, ob eine Verletzungshandlung vorliegt.¹⁷⁶³

Es handelt sich um einen drastischen Eingriff in die Rechte des vermeintlichen Schutzrechtsverletzers.¹⁷⁶⁴ Allerdings ist die den Antrag stellende Partei typischerweise nicht zur Anwesenheit berechtigt.¹⁷⁶⁵ Auch ist der vermeintliche Schutzrechtsverletzer nicht über den Wortlaut der Anordnung hinaus zur Zusammenarbeit mit den die Durchsuchung durchführenden Personen verpflichtet.¹⁷⁶⁶ Entsprechend große Bedeutung hat die präzise und vollständige Formulierung des Antrags.¹⁷⁶⁷

a) Besichtigung und Beschreibung (*saisie descriptive*)

Die Beweissicherung erfolgt grundsätzlich durch Besichtigung und Beschreibung (vgl. Art. L615-5 al. 2 CPI: „*description détaillée*“). Dabei umfasst

1757 Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 26 f.; Werner, VPP-Rundbrief 2003, 76; Véron, Mitt. 2002, 386, 393.

1758 Speziell zur Protokollierung der Durchführung eines Testkaufs vgl. Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 427.

1759 Boval, GRUR Int 1993, 377, 378.

1760 Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 26.

1761 Boval, GRUR Int 1993, 377, 379, 380.

1762 Boval, GRUR Int 1993, 377, 379.

1763 Boval, GRUR Int 1993, 377, 379.

1764 Boval, GRUR Int 1993, 377, 378.

1765 Boval, GRUR Int 1993, 377, 379.

1766 M Köhler und S Cohen, 'Disclosure in European Patent Litigation: Towards an Efficient Protection of Patent Owners' [11 (Issue 2)] IP Litigator 1.

1767 Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 24.

die Besichtigung eine Vielzahl von Maßnahmen. Maschinen können in Betrieb genommen, ein Gerät in seine Einzelteile zerlegt werden und es dürfen – wenn dies sinnvoll ist – auch Proben genommen werden.¹⁷⁶⁸ Auch die Vorlage von Bauplänen kann verlangt werden.¹⁷⁶⁹ Technische, buchhalterische und Finanzunterlagen dürfen eingesehen und kopiert werden. Das gilt auch dann, wenn diese vertraulicher Natur sind.¹⁷⁷⁰ Verbreitet ist außerdem die Beweisaufnahme mit Hilfe von Foto- und Filmaufnahmen.¹⁷⁷¹

Durch die Beschreibung werden alle sinnlichen Wahrnehmungen des Gerichtsvollziehers in Bezug auf das Beweisthema festgehalten. Ist zur Erfassung kein besonderer Sachverstand erforderlich, werden die Wahrnehmungen unmittelbar zu Protokoll genommen.¹⁷⁷² In diesem Protokoll wird die Funktionsweise des gefundenen Verletzungsgegenstandes ebenso festgehalten wie die Begleitumstände der *saisie-contrefaçon*. Dazu gehört auch das Verhalten des vermeintlichen Verletzers und seiner Angestellten.¹⁷⁷³ Fragen dürfen nur in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Beweisthema gestellt werden.¹⁷⁷⁴ Ist zur Feststellung der Funktionsweise des Verletzungsgegenstandes oder -verfahrens technischer Sachverstand erforderlich, werden auch die Wahrnehmungen des vom Gerichtsvollzieher zu Rate gezogenen Sachverständigen in das Protokoll aufgenommen.¹⁷⁷⁵ Im Protokoll ist anzugeben, ob Wahrnehmungen des Gerichtsvollziehers oder des Sachverständigen wiedergegeben werden und welche Hilfsmittel verwendet wurden.¹⁷⁷⁶

1768 Véron, Mitt. 2002, 386, 393.

1769 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 436.

1770 Véron, Mitt. 2002, 386, 393; insgesamt zum Ablauf der *Saisie-contrefaçon*, s. Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 438; zum Geheimnisschutz u. Kapitel 4 A. II. 4. (S. 304).

1771 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 436; ganz Ähnliches gilt im deutschen Recht, s. o. Kapitel 2 B. II. 2. b) bb) (S. 131).

1772 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 435.

1773 Véron, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 132.131; Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 435; Bova, GRUR Int 1993, 377, 379.

1774 CA Paris, 04.11.1992, PIBD 1993, n° 538, III-III, 113.

1775 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 435.

1776 Cass. com. 05.04.1999, Ann. propr. ind. 1999, p. 31.

b) Beschlagnahme (*saisie réelle*)

Wurde im Rahmen einer Schutzrechtsverletzung die Beschlagnahme genehmigt, nimmt der Gerichtsvollzieher die beschlagnahmten Gegenstände in Gewahrsam und versiegelt sie.¹⁷⁷⁷ Unproblematisch ist dies bei Gegenständen, die in großer Zahl hergestellt werden und beim Hersteller vorhanden sind. Typischerweise wird dann die Mitnahme von zwei Exemplaren gestattet.¹⁷⁷⁸ Handelt es sich um ein Unikat oder einen Gegenstand, der für den Betriebsablauf des Gegners unerlässlich ist, kann die Beschlagnahme unverhältnismäßig sein. Das Gericht kann in diesem Fall die Sequestration anordnen. Der zu sichernde Gegenstand verbleibt beim Gegner.¹⁷⁷⁹

4. Geheimnisschutz

Es ist offensichtlich, dass der Schutzrechtinhaber im Rahmen der *saisie-contrefaçon* Zugang zu besonders schützenswerten Informationen seines Gegners erlangen kann. Es wird betont, das Schutzinteresse des Berechtigten brauche nicht hinter den Interessen eines potenziellen Verletzers zurückstehen.¹⁷⁸⁰ Gleichwohl wird erkannt, dass mit der *saisie-contrefaçon* ein erhebliches Missbrauchspotential verbunden ist.¹⁷⁸¹

Der Geheimnisschutz wird sichergestellt, indem der Antragsteller üblicherweise nicht selbst bei der Durchführung der *saisie-contrefaçon* anwesend sein darf. Auch kann das Gericht anordnen, dass alle Beweismittel, also das Protokoll und gegebenenfalls beschlagnahmte Gegenstände, unter Verschluss zu halten sind.¹⁷⁸² Die entsprechend versiegelten Unterlagen und Gegenstände werden dem Gericht übergeben.¹⁷⁸³ Hat das Gericht keine entsprechende Anordnung erlassen, kann der Gerichtsvollzieher selbst über die Schutzbedürftigkeit der ermittelten Informationen entscheiden.¹⁷⁸⁴ Soll der Geheimnisschutz nach Abschluss der *saisie-contrefaçon* aufrecht-

1777 *Boval*, GRUR Int 1993, 377, 379.

1778 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 436.

1779 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 437.

1780 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 440.

1781 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 437.

1782 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 441.

1783 Z. B. TGI Vienne 18.05.1990, PIBD 1990, n°487, III-602; TGI Rennes, 15.01.1998, PIBD 1998, n° 652, III-218.

1784 Z. B. TGI Paris 04.07.1997, PIBD 1997, n°644, III-639, 640.

erhalten werden, muss beim Gericht ein entsprechender Antrag gestellt werden.¹⁷⁸⁵

5. Rechtsschutz gegen die *saisie-contrefaçon* und Verwertung der gefundenen Beweismittel

Der vermeintliche Verletzer kann sich erst nach Durchführung der *saisie-contrefaçon* verteidigen.¹⁷⁸⁶ Auf entsprechenden Antrag hin kann er Bedenken und Vorbehalte gegen die Durchführung der *saisie-contrefaçon* geltend machen. Dabei kann die Anordnung selbst, weil die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht vorlagen, oder die Durchführung der *saisie-contrefaçon* angegriffen werden. Außerdem führt die Feststellung, dass ein Schutzrecht nicht vorliegt, zur Unverwertbarkeit der im Rahmen der *saisie-contrefaçon* gewonnen Erkenntnisse.¹⁷⁸⁷ Vereinzelt bleibt die Entscheidung über den Geheimnisschutz auch dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.¹⁷⁸⁸ Wird die *saisie-contrefaçon* von vornherein nicht genehmigt, kann der Antragsteller gegen diese Entscheidung Berufung einlegen.

Nach Durchführung der *saisie-contrefaçon* hat der Antragsteller zügig Klage zu erheben, wenn er die gefundenen Beweise in einem Verletzungsprozess verwerten will. Je nach dem, was zuletzt eintritt, muss die Klage spätestens zwanzig Werk- oder einunddreißig Kalendertage nach Durchführung der *saisie-contrefaçon* dem Beklagten zugestellt und beim Gericht eingereicht werden. Andernfalls dürfen die gefundenen Beweismittel nicht mehr verwertet werden (Art. R615-1 CPI). Das vom Gerichtsvollzieher erstellte Protokoll wird als Urkundenbeweis in das Hauptverfahren eingeführt und darf in allen Prozessen verwertet werden, in denen Ansprüche aus dem jeweiligen Schutzrecht geltend gemacht werden. Das Protokoll erbringt dann für darin festgestellten Tatsachen den vollen Beweis.¹⁷⁸⁹ Beschlagnahmte Gegenstände werden als Augenscheinsobjekte in den Prozess eingeführt. Ein von einem Sachverständigen im Rahmen der *saisie-contre-*

1785 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 441.

1786 Boval, GRUR Int 1993, 377, 379; zum Ganzen Véron, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 152.11 ff.

1787 Véron, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 152.21 ff.; Seitz, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 29.

1788 Zum Ganzen ausf. Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 441 ff.

1789 Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 445.

façon gefertigtes Gutachten steht dem eines gerichtlich bestellten Gutachters gleich.¹⁷⁹⁰

6. Zusammenfassung

Das französische Recht erlaubt den Zugang zu Beweismitteln damit unter verhältnismäßig niedrigen Voraussetzungen, während – jedenfalls grundsätzlich – eine sehr detaillierte Untersuchung des gefundenen Materials möglich ist. Allerdings wird die *saisie-contrefaçon* engmaschig kontrolliert und so eine im Einzelfall angemessene Durchführung der *saisie-contrefaçon* sichergestellt.

B. Europarechtliche Grundlagen nationaler Offenlegungspflichten

Ausgehend von den Regelungen in England und Frankreich fand der Zugang zu Beweismitteln seinen Weg auch in Gesetzgebungsakte der Europäischen Union. Insbesondere im Immaterialgüterrecht und im Kartellrecht wurden mit der Durchsetzungsrichtlinie und der Kartellschadensersatzrichtlinie die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, den Zugang zu Beweismitteln sicher zu stellen.¹⁷⁹¹ Die oben¹⁷⁹² dargestellten Offenlegungsansprüche wurden in Umsetzung dieser Richtlinien in das deutsche Recht eingeführt.¹⁷⁹³

I. Durchsetzungsrichtlinie

Gemeinsamer Ausgangspunkt der über die verschiedenen Immaterialgütergesetze verteilten Offenlegungsansprüche ist Art. 6 Abs. 2 S. 1 DSRL.¹⁷⁹⁴ Danach stellen die Mitgliedstaaten

1790 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 445.

1791 Zur „Beweissicherung und Beweisbeschaffung im europäischen Justizraum“ vor Erlass dieser Richtlinien s. *Hess/Zhou*, IPPrax 2007, 183.

1792 S. Kapitel 2 B. II. (S. 118) und Kapitel 2 B. III. (S. 140).

1793 *Weber*, ZZP 131 (2018), 457, 479.

1794 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 2.

„sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag einer Partei, die alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel zur hinreichenden Begründung ihrer Ansprüche vorgelegt und die in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Beweismittel zur Begründung ihrer Ansprüche bezeichnet hat, die Vorlage dieser Beweismittel durch die gegnerische Partei anordnen können, sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird.“

Art. 6 Abs. 2 DSRL erweitert dies noch um die

„Übermittlung von in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen anzuordnen, sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird.“

Diese Vorgaben werden durch die in Art. 7 DSRL normierte Verpflichtung zur Sicherstellung von Maßnahmen zur Beweissicherung flankiert. Nach Absatz 1 dieser Norm müssen *„schnelle und wirksame einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der rechtserheblichen Beweismittel hinsichtlich der behaupteten Verletzung“* zur Verfügung gestellt werden.

1. Zweck der Durchsetzungsrichtlinie

Die Durchsetzungsrichtlinie soll in allen Mitgliedstaaten ein einheitliches Schutzniveau sicherstellen und dafür sorgen, dass Unterschiede in den verschiedenen Immaterialgüterrechten den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht negativ beeinflussen.¹⁷⁹⁵ Es wurde erkannt, dass zwischen den Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Regeln, die einstweilige Maßnahmen zur Beweissicherung betreffen, bestehen.¹⁷⁹⁶ Es wurde festgestellt, dass die *Anton Piller Order* des englischen und die *saisie-contre-façon* des französischen Rechts effektive Mittel zur Beweismittelsicherung sind. Auch in Italien gebe es ein brauchbares Instrument.¹⁷⁹⁷ In Deutschland seien *„die rechtlichen Möglichkeiten der Beweissicherung [hingegen] nicht sehr schlagkräftig“* gewesen. Auch im österreichischen, dänischen und

1795 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum vom 30.01.2003, KOM(2003) 46 endgültig, S. 3.

1796 KOM(2003) 46 endgültig, S. 14.

1797 KOM(2003) 46 endgültig, S. 15.

schwedischen Zivilrecht seien Durchsuchungsbefehle ohne Anhörung der Gegenpartei nicht vorgesehen gewesen.¹⁷⁹⁸

EGr. 20 DSLR betont, dass *„Beweismittel für die Feststellung einer Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums von zentraler Bedeutung sind“*. Es müsse *„sichergestellt werden, dass wirksame Mittel zur Erlangung und zur Sicherung von Beweismitteln zur Verfügung stehen.“* Allerdings müsste auch Belangen der Verteidigung Rechnung getragen werden. Neben dem erweiterten Zugang zu Beweismitteln sollen Auskunftsansprüche bei der Herstellung ausgeglichener Informationsverhältnisse zwischen den Parteien eine entscheidende Rolle spielen.¹⁷⁹⁹

2. Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie betreffend den Zugang zu Beweismitteln

Art. 6 DSRL schreibt zunächst lediglich vor, dass die Gerichte auf Antrag einer Partei die Vorlage von Beweismitteln anordnen können, wenn sich diese Beweismittel in der Verfügungsgewalt des Gegners befinden und der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird.¹⁸⁰⁰ Allerdings finden sich keine Hinweise darauf, wie die Vorlage von Beweismitteln im Einzelnen ausgestaltet sein soll. Die Erfüllung des Vorlageanspruchs wird allenfalls diskutiert, wo gefragt wird, ob diese schon im Rahmen einer einstweiligen Verfügung angeordnet werden könne, weil durch diese Anordnung die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen würde.¹⁸⁰¹

Eine erste Orientierung bei der Frage nach der Reichweite der Offenlegungsansprüche liefert der Grundsatz von der „praktischen Wirksamkeit“. Sodann ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof zu Fällen, in denen ein Informationsgefälle besteht, zu beachten. Außerdem hat die Europäische Kommission mittlerweile einen Leitfaden zur Klärung offener Fragen im Zusammenhang mit der Durchsetzungsrichtlinie veröffentlicht, der bei der Bestimmung der Reichweite der Offenlegungsansprüche weiterhelfen kann.

1798 KOM(2003) 46 endgültig, S. 15.

1799 EGr. 21 DSRL.

1800 Peukert/Kur, GRUR Int 2006, 292, 299.

1801 Peukert/Kur, GRUR Int 2006, 292, 300 f.

a) *Effet Utile*

Im Europarecht ist anerkannt, dass bei der Auslegung einer Norm deren „praktische Wirksamkeit“ (*effet utile*) zu berücksichtigen ist.¹⁸⁰² Danach ist im Zweifel die Auslegung zugrunde zu legen, die die Verwirklichung der Vertragsziele und die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft sicherstellt.¹⁸⁰³ Die in Art. 6 DSRL enthaltene Verpflichtung, den Zugang zu Beweismitteln sicherzustellen, bezweckt das Erreichen eines hohen, gleichwertigen und homogenen Schutzniveaus im Bereich des geistigen Eigentums.¹⁸⁰⁴ Durch Art. 6 DSRL soll das Informationsdefizit des Schutzrechtsinhabers verringert werden.¹⁸⁰⁵ Dem Schutzrechtsinhabers soll im Falle einer Schutzrechtsverletzung die Durchsetzung seiner Rechte erleichtert werden. Dieser Zweck ist bei der Auslegung der Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie stets zu berücksichtigen.

b) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof hat unabhängig von den hier in Rede stehenden Verpflichtungen, den Zugang zu Beweismitteln zu erleichtern, entschieden, dass ein Richter zur Sachverhaltsaufklärung alle ihm nach nationalem Recht zur Verfügung stehenden Verfahrensmaßnahmen ausschöpfen muss.¹⁸⁰⁶ Mittlerweile hatte der Europäische Gerichtshof jedoch auch Gelegenheit, sich explizit zu den Informationsungleichgewichten bei Schutzrechtsverletzungen zu äußern:

1802 EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90 – Francovich, Slg. 1991, I-5403 Rn. 32 ff.; EuGH, Urt. v. 05.02.1963 – Rs. 26-62 – van Gend en Loos, Slg. 1963, 7, 26 f.

1803 EuGH, Urt. v. 21.02.1991 – verb. Rs. C-143/88 u. C-92/89 – Süderdithmarschen, Slg. 1991, I-534 Rn. 30; EuGH, Urt. v. 15.07.1963 – Rs. 34-62 – Bundesrepublik Deutschland gegen Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Slg. 1963, 295, 318 f.; EuGH, Urt. v. 29.11.1956 – Rs. 8-55 – Fédération charbonnière de Belgique, Slg. 1955/1956, 307, 311 f.; Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 76. EL (Stand: Mai 2022), Art. 19 EUV Rn. 57.

1804 EGr. 10 DSRL; Heinze, ZEuP 2009, 282, 283; Knaak, GRUR Int 2004, 745; zum Erfordernis der Harmonisierung dieser Regeln schon Hartz, Beweissicherung, S. 33 ff.

1805 Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 5; Sujecki, GRUR Int 2011, 28, 31.

1806 EuGH, Urt. v. 07.09.2006 – C-526/04 – Boiron, Slg. 2006, I-7529 Rn. 55.

aa) Die Entscheidung *Constantin Film ./. Youtube*¹⁸⁰⁷

In der Entscheidung *Constantin Film Verleih GmbH gegen Youtube LLC, Google Inc.* verlangte die Klägerin von den Beklagten eine Reihe von Auskünften über Nutzer, die urheberrechtlich geschützte Werke rechtswidrig auf die Videoplattform *Youtube* hochgeladen und so der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hatten.¹⁸⁰⁸ Im Zentrum dieser Entscheidung steht die Verpflichtung der Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass dem Schutzrechtsinhaber Auskünfte über die Vertriebswege von Waren oder Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, vom Verletzer oder Dritten erteilt werden (Art. 8 DSRL). Diese Verpflichtung verfolgt das gleiche Ziel wie die im Rahmen dieser Ausführungen maßgebliche Vorschrift des Art. 6 DSRL und ist mit dieser eng verwandt. Daher lassen die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs zur Auskunftspflicht auch Rückschlüsse auf die Reichweite der Offenlegungspflicht zu.

Im Kern dieser Entscheidung ging es um die Frage, wie der in Art. 8 Abs. 2 lit. a) DSRL enthaltene Begriff der „Adressen“ auszulegen ist. Die Klägerin hatte Auskünfte über die Namen und Postanschriften der in Rede stehenden Nutzer verlangt; diese standen der Beklagten jedoch nicht zur Verfügung, weil sich die Nutzer unter Decknamen und mit fiktiven E-Mail-Adressen bei *Youtube* registriert hatten. Die Postanschrift wurde von *Youtube* bei der Registrierung gar nicht abgefragt. Der Rechtsstreit wurde diesbezüglich daher schon im erstinstanzlichen Verfahren für erledigt erklärt.¹⁸⁰⁹ Die Klägerin verlangte in der Folge insbesondere noch die Mitteilung der E-Mail-Adresse und der Telefonnummer, die der Nutzer bei der Registrierung angegeben hatte, sowie die IP-Adressen, die zum Hochladen der Datei und beim letzten Zugriff auf das *Youtube*-Konto verwendet wurden.¹⁸¹⁰ Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht verurteilte die Beklagte zur Mitteilung der E-Mail-Adressen und lehnte die

1807 EuGH, Ur. v. 09.07.2020 – C-264/19 – *Constantin Film v. Youtube*, ECLI:EU:C:2020:542..

1808 EuGH, Ur. v. 09.07.2020 – C-264/19 – *Constantin Film v. Youtube*, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 15.

1809 LG Frankfurt a. M., Ur. v. 03.05.2016 – 2-3 O 476/13 – Videoplattform, GRUR-RR 2017, 3 juris-Rn. 26.

1810 EuGH, Ur. v. 09.07.2020 – C-264/19 – *Constantin Film v. Youtube*, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 18; LG Frankfurt a. M., Ur. v. 03.05.2016 – 2-3 O 476/13 – Videoplattform, GRUR-RR 2017, 3 Rn. 33–36.

weitergehende Berufung ab.¹⁸¹¹ Der Bundesgerichtshof legte dem Europäischen Gerichtshof im Zuge des Revisionsverfahrens die Frage vor, wie der in Art. 8 Abs. 2 lit a) DSRL verwendete Begriff der „Adressen“ zu verstehen ist, insbesondere, ob darunter auch E-Mail-Adressen, Telefonnummern und IP-Adressen zu verstehen sind.¹⁸¹²

Der Europäische Gerichtshof führt zu dieser Frage aus, der Begriff „Adressen“ stelle einen unionsrechtlichen Begriff dar, der in der Regel in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müsse.¹⁸¹³ Diese Auslegung habe sich an dem Sinn und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu orientieren, wobei auch der Zusammenhang, in dem der Begriff verwendet wird und seine Entstehungsgeschichte berücksichtigt werden kann.¹⁸¹⁴ Der Europäische Gerichtshof stellt sodann fest, dass der Begriff „Adressen“ nach seinem gewöhnlichen Sinn und im gewöhnlichen Sprachgebrauch nur die Postanschrift erfasst. Ohne weitere Präzisierung beziehe sich der Begriff nicht auf E-Mail-Adressen, Telefonnummern oder IP-Adressen.¹⁸¹⁵

Auch lasse die Gesetzgebungshistorie nicht erkennen, dass der Gesetzgeber ein davon abweichendes Verständnis vor Augen hatte.¹⁸¹⁶ Systematische Erwägungen rechtfertigten keine andere Auslegung.¹⁸¹⁷ Vor allem aber stehe die streng am Wortsinn orientierte Auslegung auch in Einklang mit dem von Art. 8 DSRL und der Durchsetzungsrichtlinie im Allgemeinen verfolgten Ziel. Es treffe zwar zu, dass Art. 8 DSRL vor dem Hintergrund des in Art. 47 GRCh normierten Grundrechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf zu lesen sei und die wirksame Ausübung des Grundrechts auf Eigentum si-

1811 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 22.08.2017 – II U 71/16 – Anspruch auf Drittauskunft, GRUR 2017, III16; LG Frankfurt a. M., Urt. v. 03.05.2016 – 2-3 O 476/13 – Video-plattform, GRUR-RR 2017, 3.

1812 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 22; BGH, Beschl. v. 21.02.2019 – I ZR 153/17 – Youtube-Drittauskunft, GRUR 2019, 504.

1813 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 28.

1814 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 29.

1815 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 30.

1816 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 31.

1817 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 32 f.

herstellen soll, indem es dem Schutzrechtsinhaber ermöglicht, die Person zu identifizieren, die dieses Recht verletzt.¹⁸¹⁸ Allerdings habe sich der Unionsgesetzgeber für eine Mindestharmonisierung entschieden, die auf die in Art. 8 Abs. 2 DSRL klar umschriebenen Auskünfte beschränkt sei.¹⁸¹⁹ Eine enge Auslegung sei auch zum Schutz der Interessen und Grundrechte der Nutzer von Schutzgegenständen und dem Allgemeininteresse geboten.¹⁸²⁰ Abschließend führt der Europäische Gerichtshof aus, es sei den Mitgliedstaaten unbenommen, weitergehende Regelungen zur Auskunft über weitere Informationen in das Gesetz einzuführen, solange die widerstreitenden Interessen angemessen berücksichtigt werden.¹⁸²¹ Diese Auslegung wurde letztlich auch vom Bundesgerichtshof übernommen.¹⁸²²

bb) Schlussfolgerungen für die Reichweite der Offenlegungspflicht

Aus der Entscheidung wird ersichtlich, dass sich der Europäische Gerichtshof bei der Auslegung der Durchsetzungsrichtlinie eng am Wortlaut der jeweiligen Norm orientiert. Im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 DSRL fällt dies recht leicht, weil dort sehr detailliert aufgelistet wird, welche Informationen zur Verfügung gestellt werden.

Bei der Auslegung von Art. 6 Abs. 1 DSRL dürfte die Auslegung schwerer fallen. Hier wird lediglich vorgeschrieben, dass der Verletzer die in seiner Verfügungsgewalt befindlichen Beweismittel zur Begründung der Ansprüche des Klägers vorzulegen hat. Schon der Begriff der Verfügungsgewalt bedarf der Auslegung. Denkbar ist ein Verständnis, das dem „Besitz“ im Sinne von § 854 BGB entspricht, oder die Auslegung im Sinne von *control*, wie sie das englische Zivilprozessrecht¹⁸²³ kennt. Auch der Begriff der „Beweismittel“ wirft Fragen auf. Zu seiner Bestimmung kann nicht ohne Weiteres auf die Definitionen und den *numerus clausus* der Beweismittel der

1818 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 35.

1819 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 36.

1820 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 37.

1821 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 39.

1822 BGH, Urt. v. 10.12.2020 – I ZR 153/17 – Youtube-Drittauskunft II, WRP 2021, 201.

1823 Dazu o. Kapitel 4 A. I. 1. b) aa) (S. 271).

einzelnen Mitgliedstaaten zurückgegriffen werden. Vielmehr bedarf auch dieser Begriff einer unionsrechtskonformen Auslegung. Schließlich ist klärungsbedürftig, welche Beweismittel zur „Begründung der Ansprüche“ des Klägers erforderlich sind. Dabei wird es jedoch weniger auf die Auslegung dieser Formulierung als auf die Umstände im Einzelfall ankommen. All dies wird zu berücksichtigen sein, wenn abschließend die Reichweite der Offenlegungspflichten nach deutschem Recht geklärt werden soll.¹⁸²⁴

c) Leitfaden der Europäischen Kommission

Die genannten Verständnisschwierigkeiten hat auch die Europäische Kommission erkannt. Besondere Schwierigkeiten würden sich dort ergeben, wo verlangt wird, die genaue Art, den Verbleib, die Bezugsnummern oder die Inhalte angeforderter Unterlagen genau zu beschreiben, selbst wenn dies für einen Dritten, der die fraglichen Unterlagen nicht einsehen konnte, unmöglich oder nur unter erheblichem Aufwand möglich ist.¹⁸²⁵ Es wird erkannt, dass ein gewisses Maß an Spezifizierung notwendig sei. Allerdings ist es nach Ansicht der Kommission nicht ausgeschlossen, dass auch eine Kategorie von Beweismitteln herausverlangt werden kann.¹⁸²⁶

Soweit fraglich ist, wann sich der Offenlegungsgegenstand „in der Verfügungsgewalt“ des Offenlegungsschuldners befindet, stellt die Kommission fest, dass Art. 6 Abs. 1 DSLR keine klare Grundlage für die Verpflichtung zur aktiven Suche nach Beweisen biete. Das Beweismittel müsse sich nicht im unmittelbaren Besitz der verpflichteten Partei befinden. In begründeten Fällen könne aus Art. 6 Abs. 1 DSLR die Verpflichtung einer Partei abgeleitet werden, innerhalb ihrer Organisation eine sorgfältige Suche nach Beweismitteln durchzuführen, solange dies vom Antragsteller hinreichend begründet und konkretisiert wurde und auch angemessen erscheint. Allerdings deute der Begriff der „Verfügungsgewalt“ auf ein von „Besitz“ zu unterscheidendes Verständnis hin.¹⁸²⁷

1824 Dazu u. Kapitel 5 (S. 339) u. Kapitel 6 (S. 379).

1825 COM(2017) 708 final, S. 15 (III. 3.).

1826 COM(2017) 708 final, S. 15 (III.3.).

1827 COM(2017) 708 final, S. 16 (III.3.).

3. Schutz vertraulicher Informationen

Weiterhin schreibt die Richtlinie lediglich vor, dass vertrauliche Informationen einen besonderen Schutz erfahren sollen. Wie dieser Schutz erreicht wird, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Diese „lapidare Regelung“ wurde auch vor dem Hintergrund kritisiert, dass etwa das englische und französische Recht rechtliche Mechanismen zum Schutz der Vertraulichkeit im allgemeinen Prozessrecht oder verschiedenen Standesordnungen vorgeben, in Deutschland aber keine entsprechenden Maßnahmen im Gesetz verankert sind.¹⁸²⁸ Somit lassen sich der Durchsetzungsrichtlinie selbst auch hinsichtlich des Schutzes vertraulicher Informationen keine Vorgaben entnehmen.

a) Interessenabwägung am Beispiel einer behaupteten Urheberrechtsverletzung

Indes hatte sich der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung *Filesharing*¹⁸²⁹ mit der Auslegung der Durchsetzungsrichtlinie unter diesem Gesichtspunkt zu beschäftigen.

aa) Sachverhalt und Vorgeschichte

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit ging es um einen Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Urheberrechtsverletzung durch Filesharing. Der Beklagte hatte zunächst bestritten, die Urheberrechtsverletzung selbst begangen zu haben. Allerdings hätten auch seine im selben Haus wohnenden Eltern Zugriff auf seinen Internetanschluss gehabt. Dieser sei ausreichend gesichert gewesen.¹⁸³⁰

In erster Instanz wurde die Schadensersatzklage abgewiesen, weil auch die Eltern des Beklagten das Urheberrecht als Verletzer in Betracht kommen.¹⁸³¹ Das Berufungsgericht neigte zwar dazu, eine Haftung des Beklagten anzunehmen, weil sich aus seinem Vortrag nicht ergebe, dass im Ver-

1828 *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292, 302.

1829 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234, 1235 (Rn. 2).

1830 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234, 1235 (Rn. 15).

1831 AG MÜNchen, Urt. v. 05.11.2014 – 262 C 21484/13 – nicht veröffentlicht.

letzungszeitpunkt eine Dritte Person den Internetanschluss benutzt habe, weshalb er ernsthaft als Täter in Betracht komme.¹⁸³² Jedoch sah sich das Gericht gehindert, die Regelung aus Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 InfoSocRL¹⁸³³ und Art. 3 Abs. 2 DSRL, wonach wirksame Maßnahmen zum Schutz der Rechte des geeigneten Eigentums gewährleistet werden müssen, in diesem Fall anzuwenden.¹⁸³⁴ Dem stehe die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 97 UrhG – der der Umsetzung der Richtlinienvorgaben dient – entgegen. Danach sei die Norm dahingehend anzuwenden, dass ein privater Anschlussinhaber, der Familienangehörigen Zugriff auf seinen Internetanschluss gewährt, über den ein urheberrechtlich geschütztes Werk rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht wurde, für diese Urheberrechtsverletzung nicht hafte, wenn er mindestens ein Familienmitglied benennt, dem neben ihm der Zugriff auf diesen Internetanschluss möglich war. Nähere Einzelheiten zu Zeitpunkt und Art der Internetnutzung durch dieses Familienmitglied müssten nicht mitgeteilt werden.¹⁸³⁵ Der Bundesgerichtshof führt dazu aus, es seien die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast zu beachten. Die Klägerin hatte danach alle Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs, einschließlich der Täterschaft des Beklagten, zu beweisen.¹⁸³⁶

Das Landgericht hat dem Europäischen Gerichtshof daher zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.¹⁸³⁷ Diese sind im Wesentlichen identisch formuliert, jedoch bezieht sich die zweite Vorlagefrage explizit auf die Durchsetzungsrichtlinie. Der Europäische Gerichtshof hatte die Frage zu beantworten, ob

1832 LG München I, Urt. v. 17.03.2017 – 12 S 24454/14 – Das verlorene Symbol, GRUR-RR 2017, 188 Rn. 33.

1833 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L. 167, S. 10 (abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:de:pdf>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023) (im Folgenden InfoSocRL).

1834 LG München I, Urt. v. 17.03.2017 – 12 S 24454/14 – Das verlorene Symbol, GRUR-RR 2017, 188 Rn. 34.

1835 LG München I, Urt. v. 17.03.2017 – 12 S 24454/14 – Das verlorene Symbol, GRUR-RR 2017, 188 Rn. 35 f. mit Verweis auf BGH, Urt. v. 06.10.2016 – I ZR 154/15 – Afterlife, GRUR 2017, 386.

1836 BGH, Urt. v. 06.10.2016 – I ZR 154/15 – Afterlife, GRUR 2017, 386 Rn. 14.

1837 LG München I, Urt. v. 17.03.2017 – 12 S 24454/14 – Das verlorene Symbol, GRUR-RR 2017, 188 Rn. 36 ff.

„Art. 3 Abs. 2 [DSRL] so auszulegen [sei], dass ‚wirksame Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums‘ auch dann noch gegeben sind, wenn eine Schadensersatzhaftung des Inhabers eines Internetanschlusses, über den Urheberrechtsverletzungen begangen wurden, ausscheidet, wenn der Anschlussinhaber mindestens ein Familienmitglied benennt, dem neben ihm der Zugriff auf diesen Internetanschluss möglich war, ohne durch entsprechende Nachforschungen ermittelte nähere Einzelheiten zu Zeitpunkt und Art der Internetnutzung durch dieses Familienmitglied mitzuteilen“.

bb) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof betont zunächst den Zweck der Durchsetzungsrichtlinie, die ein hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für geistiges Eigentum im Binnenmarkt gewährleisten soll.¹⁸³⁸ Weiterhin wird betont, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 6 Abs. 1 DSRL sicherzustellen haben, dass die zuständigen Gerichte die Vorlage von Beweismitteln anordnen können, wenn der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird.¹⁸³⁹ Vor dem Hintergrund von EGr. 20 DSRL, wonach Beweismittel für die Feststellung einer Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums von zentraler Bedeutung sind und sichergestellt werden muss, dass wirksame Mittel zur Vorlage, zur Erlangung und zur Sicherung von Beweismitteln zur Verfügung stehen, sei Art. 6 Abs. 1 DSRL so auszulegen, dass es dem Geschädigten ermöglicht werden muss, die zur Begründung seiner Ansprüche erforderlichen Beweismittel zu erlangen, die sich in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befinden, sofern dabei der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet ist.¹⁸⁴⁰ Andererseits sei der Schutz des Familienlebens, der im vorliegenden Fall durch Art. 6 Abs. 1 GG besonderen Schutz erfährt und auch in Art. 7 GRCh anerkannt werde, zu beachten. Aus EGr. 32 DSRL ergebe sich, dass die Durchsetzungsrichtlinie im Einklang mit den Grundrechten und Grundrechten steht, die mit der Grundrechtecharta anerkannt wurden. Im Kern des Falles steht damit die Frage, wie das

1838 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 33 mit Verweis auf EGr. 10 DSRL.

1839 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 39.

1840 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 40 f.

Eigentumsgrundrecht¹⁸⁴¹ und das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Einklang gebracht werden können.¹⁸⁴²

Der Europäische Gerichtshof betont zunächst, dass Familienmitglieder nicht dazu verpflichtet werden können, sich gegenseitig zu belasten, wenn eines von ihnen einer rechtswidrigen Handlung verdächtigt wird.¹⁸⁴³ Dieses Anliegen komme auch in Art. 8 Abs. 3 lit. d) DSRL i. V. m. Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 DSRL zum Ausdruck, wonach nationale Bestimmungen, die es zulassen, dass der Zuwiderhandelnde Auskünfte verweigert, mit denen er gezwungen würde, seine Beteiligung oder die Beteiligung enger Verwandter an einer Schutzrechtsverletzung zuzugeben, nicht ausgeschlossen sind.¹⁸⁴⁴ Allerdings werde dem Rechteinhaber durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die Feststellung der behaupteten Urheberrechtsverletzung und die Identifizierung des Täters unmöglich gemacht. Es komme zu einer qualifizierten Beeinträchtigung des Inhabers des Urheberrechts und ein angemessenes Verhältnis zwischen Eigentumsschutz und Schutz der Familie werde so nicht hergestellt.¹⁸⁴⁵ Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 97 UrhG, die „einen quasi absoluten Schutz gewährt“, stehe einem hinreichend wirksamen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums im Wege.¹⁸⁴⁶ Ein angemessener Ausgleich der widerstreitenden Interessen könne erreicht werden, indem eine zivilrechtliche Haftung des Anschlussinhabers normiert würde.¹⁸⁴⁷

b) Schlussfolgerungen für den Interessenausgleich im Allgemeinen

Der Europäische Gerichtshof betont in seiner *Filesharing*-Entscheidung das hohe Schutzniveau der Durchsetzungsrichtlinie und zeigt auf, wie die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Einen absoluten Schutz des einen oder des anderen Rechts hält er dabei für unangemessenen. Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann insbesondere nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass der Anschlussinhaber ohne Weiteres verpflichtet wäre, Einzelheiten zu Zeitpunkt und

1841 Das geistige Eigentum wird explizit in Art. 17 Abs. 2 GRCh genannt.

1842 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 44.

1843 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 49.

1844 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 50.

1845 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 51.

1846 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 52.

1847 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 53.

Art der Anschlussnutzung durch Angehörige mitzuteilen.¹⁸⁴⁸ Gleichwohl wird schon vertreten, der Anschlussinhaber sei nunmehr dazu verpflichtet, vorzutragen, welche Familienmitglieder zur Tatzeit zu Hause gewesen sind. Verfüge der Anschlussinhaber über keine eigenen Erkenntnisse, müsse er die Familienangehörigen befragen. Diese seien aber nicht zur Beantwortung dieser Fragen verpflichtet.¹⁸⁴⁹

Letztlich wird in der beschriebenen Konstellation der Bedeutung nationaler Zeugnisverweigerungsrechte eine entscheidende Bedeutung zukommen. Auch unter diesem Gesichtspunkt wird wieder eine Interessenabwägung notwendig sein. In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass dann insgesamt das Zusammenspiel von Beweisregeln und Informationsansprüchen problematisch ist.¹⁸⁵⁰ Mit Blick auf die Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte wird besonders beachtlich sein, dass eine Aussage, die ein Familienmitglied belastet, nicht nur zu dessen zivilrechtlicher Haftung führen, sondern auch strafrechtlich – etwa gemäß § 106 UrhG – beachtlich sein kann.¹⁸⁵¹

In Fällen, in denen ein anderes Schutzrecht betroffen ist, werden naturgemäß andere Interessen abzuwägen sein. Auch der Schutz von Handelsgeheimnissen und anderen sensiblen Geschäftsinformationen muss gewährleistet sein. Problematisch ist dabei, dass diese Informationen in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlichen Regelungen unterliegen.¹⁸⁵²

Es kann festgehalten werden, dass eine Auslegung der Formulierung „sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet ist“ nicht so ausgelegt werden darf, dass der Rechteinhaber beweisrechtlich chancenlos ist.¹⁸⁵³ Es ist auch zu berücksichtigen, dass der Interessenausgleich nicht nur durch die Herausgabe oder Nichtherausgabe von Beweismitteln, sondern auch durch den Einsatz bestimmter (prozessualer) Methoden – wie etwa die Vorlage nur gegenüber dem Gericht – erreicht werden kann.¹⁸⁵⁴

1848 Ungern-Sternberg, GRUR 2019, 1, 8.

1849 Hilgert, jM 2019, 138, 140.

1850 Schaub, GRUR 2018, 1237, 1238.

1851 Hilgert, jM 2019, 138, 140.

1852 COM(2017) 708 final, S. 16 (III.4.).

1853 Schaub, GRUR 2018, 1237, 1238.

1854 COM(2017) 708 final, S. 16 (III.4.).

4. Zusammenfassung

Insgesamt lassen sich der Durchsetzungsrichtlinie kaum eindeutige Vorgaben entnehmen, die bei der Bestimmung der Reichweite der Offenlegungsansprüche unmittelbar weiterhelfen würden. Gleichwohl – und gerade deshalb – wird hier der Auslegung der maßgeblichen Vorschriften durch die Rechtsprechung, insbesondere den Europäischen Gerichtshof, erhebliche Bedeutung zukommen. Die bislang zu diesem Themengebiet getroffenen Entscheidungen können im Rahmen der Bestimmung von Umfang und Grenzen der Offenlegungspflichten nach Maßgabe des nationalen Rechts berücksichtigt werden.

II. Kartellschadensersatzrichtlinie

Die Kartellschadensersatzrichtlinie enthält in ihrem Artikel 5 Abs.1 eine Art. 6 Abs.1 DSRL vergleichbare Vorschrift. Danach gewährleisten die Mitgliedstaaten,

„dass in Verfahren über Schadensersatzklagen in der Union auf Antrag eines Klägers, der eine substantiierte Begründung vorgelegt hat, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die die Plausibilität seines Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen, die nationalen Gerichte unter den Voraussetzungen dieses Kapitels die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Beklagten oder einen Dritten, die sich in deren Verfügungsgewalt befinden, anordnen können.“

Diese Vorschrift ist zehn Jahre nach der Durchsetzungsrichtlinie in Kraft getreten. Die durch die jeweilige Richtlinie geregelten Fälle sind zumindest im Ansatz vergleichbar. Sowohl bei Verstößen gegen das Kartellrecht als auch bei Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums verfügt eine Partei regelmäßig über Informationen, die die andere Partei benötigt, um einen Hauptanspruch effektiv geltend machen zu können. Es kann daher untersucht werden, in welche Richtung sich die europarechtlichen Grundlagen der Beweismittelloffenlegung entwickeln.

1. Zweck der Kartellschadensersatzrichtlinie

Das Recht des Geschädigten, vom Schädiger Schadensersatz verlangen zu können, ist einer der Grundpfeiler des Wettbewerbsrechts der Union. Die Kartellschadensersatzrichtlinie soll sicherstellen, dass dieses Recht wirksam geltend gemacht werden kann. Die Notwendigkeit wirksamer Rechtsbehelfe ist bereits durch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, Art. 47 Abs. 1 GRCh vorgegeben (EGr. 4 SERL). Die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche ist in den Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt. Diese Unterschiede können nicht nur zu Wettbewerbsvorteilen der Unternehmen in einem bestimmten Mitgliedstaat führen, sondern auch von der Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Warenverkehr oder Dienstleistungsverkehrs abschrecken (EGr. 8 SERL). Außerdem weisen Verstöße gegen das Kartellrecht häufig einen grenzüberschreitenden Bezug auf, sodass derselbe Sachverhalt unter den verschiedenen Wettbewerbsregimen unterschiedlich beurteilt werden kann (EGr. 9 SERL). Insgesamt bezweckt die Kartellschadensersatzrichtlinie daher die Angleichung des Schutzniveaus im Bereich des Wettbewerbsrechts (EGr. 7 SERL).

Der Unionsgesetzgeber erkennt, dass die Schadensersatzklagen in der Regel eine komplexe Analyse der zugrundeliegenden Tatsachen und wirtschaftlichen Zusammenhänge erfordern. Ebenso wird erkannt, dass sich die für diese Analyse erforderlichen Beweismittel häufig ausschließlich im Besitz der gegnerischen Partei oder Dritter befinden. Würden die hergebrachten Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast streng angewandt, könnte dies die wirksame Geltendmachung der Schadensersatzansprüche übermäßig erschweren (EGr. 14).

Diese Streitigkeiten seien durch eine Informationsasymmetrie gekennzeichnet. Um dieser zu begegnen, sei es notwendig, die Offenlegung der für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erforderlichen Beweismittel verlangen zu können (EGr. 15 SERL). Die nationalen Gerichte sollen die Offenlegung der Beweismittel anordnen können. Die Offenlegungsanordnung setzt jedoch eine strenge Kontrolle durch das Gericht voraus. Dabei sei insbesondere die Erforderlichkeit sowie die Verhältnismäßigkeit der Offenlegung zu beachten (EGr. 16 SERL). Die kartellrechtliche Offenlegungsverpflichtung dient auch der Herstellung gleichwertiger Verhältnisse in den einzelnen Mitgliedstaaten. Den Vorschriften über die private

Kartellrechtsdurchsetzung soll zur „praktischen Wirksamkeit“ verholfen werden.¹⁸⁵⁵

2. Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie

An dieser Stelle sollen die Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie betreffend den Zugang zu Beweismitteln dargestellt werden, weil diese bei Zweifeln hinsichtlich der Reichweite des kartellrechtlichen Offenlegungsanspruchs im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung von § 33g GWB bedeutsam werden. Hier kann jedoch – anders als bei der Durchsetzungsrichtlinie – bislang nur auf die Vorgaben des Unionsgesetzgebers zurückgegriffen werden. Der kartellrechtliche Offenlegungsanspruch war bislang noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

Soweit die nationalen Vorschriften über die Offenlegung der Auslegung bedürfen, sind die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Grundsätze zur richtlinienkonformen Auslegung zu berücksichtigen. Wenn und soweit das nationale Umsetzungsrecht Interpretationsspielräume zulässt, die mit den Vorgaben der Richtlinie unvereinbar wären, ist es nicht mit Art. 288 AEUV i. V. m. Art 4 Abs. 3 EUV vereinbar, eine richtlinienwidrige Entscheidung zu treffen.¹⁸⁵⁶ Die Gerichte der Mitgliedstaaten sind verpflichtet, das nach nationalen Methoden Mögliche und im Rahmen ihrer Kompetenz Zulässige zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben zu unternehmen.¹⁸⁵⁷ Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung besteht innerhalb des sachlichen, personellen und gegenständlichen Regelungsbereichs der Richtlinie, erfasst in diesem Rahmen aber das gesamte nationale Recht.¹⁸⁵⁸

1855 EuGH, Urt. v. 13.07.2006 – C-295/04 – Manfredi, Slg. 2006, I-6619 Rn. 61; EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-453/99 – Courage/Crehan, Slg. 2001, I-6279, 26 f.; *Keßler*, VuR 2015, 83; insoweit gilt das o. unter Kapitel 4 B. I. 2. a) (S. 309) Ausgeführte entsprechend; s. auch AD Chirita, 'The Disclosure of Evidence under the 'Antitrust Damages' Directive 2014/104/EU', in: Tomljenović et al., EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement (Springer 2017), S. 149.

1856 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 76. EL (Stand: Mai 2022), Art. 288 AEUV Rn. 135.

1857 EuGH, Urt. v. 04.10.2006 – C-212/04 – Adeneler, Slg. 2006, I-6057 Rn. 111.

1858 EuGH, Urt. v. 14.07.1994 – C-91/92 – Faccini Dori, Slg. 1994, I-3347 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 16.07.1998 – C-355/96 – Silhouette International, Slg. 1998, I-4822 Rn. 36.

a) Offenlegungsgegenstand

Art. 5 Abs. 1 SERL verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Erlass von Vorschriften, auf deren Grundlage die „Offenlegung von relevanten Beweismitteln“ durch den Beklagten und den Kläger verlangt werden kann, sofern diese sich „in deren Verfügungsgewalt befinden“.

aa) Beweismittel

Gemäß Art. 2 Nr. 13 SERL sind Beweismittel „alle vor dem befassen nationalen Gericht zulässigen Arten von Beweismitteln, insbesondere Urkunden und alle sonstigen Gegenstände, die Informationen enthalten, unabhängig von dem Medium, auf dem die Informationen gespeichert sind.“ Der Begriff des Beweismittels ist damit vom Prozessrecht der Mitgliedstaaten abhängig. Entscheidend kommt es darauf an, welche Beweismittel im konkreten Zivilprozess zulässig sein können. Auch wenn damit zunächst zur Bestimmung des Beweismittels der Begriff des Beweismittels selbst gebraucht wird und somit ein gewisser Zirkelschluss vorliegt, wird doch klargestellt, dass es hier um den Zugang zu Informationen aller Art geht.

Gegenstand der Beweismittelfreilegung sind somit zunächst die Informationsträger, auf denen die relevanten Informationen gespeichert sind. Diese Informationen können digital oder analog, auf Bändern, USB-Speichersticks, Disketten – kurz Datenträgern aller Art – vorgehalten werden. In welcher Weise die Informationen vorgehalten werden ist unerheblich.¹⁸⁵⁹ E-Mails müssen demnach in elektronischer Form, Dokumente in Form von Kopien oder Scans, andere elektronisch gespeicherte Daten in einem gängigen Dateiformat zur Verfügung gestellt werden. Die Vorlage von Originalurkunden wird hingegen kaum erforderlich sein.¹⁸⁶⁰

1859 AD Chirita, ‘The Disclosure of Evidence under the ‘Antitrust Damages’ Directive 2014/104/EU’, in: Tomljenović et al., *EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement* (Springer 2017), S. 149; Kühne/Woitz, DB 2015, 1028, 1029.

1860 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 58.

bb) Relevanz

Mit Blick auf das Relevanzkriterium haben die zuständigen Kommissionsdienststellen erkannt, dass es darauf ankommt, ob die herausverlangten Beweismittel *geeignet* sind, die Behauptungen des Klägers (oder des Beklagten) zu stützen. Weiterhin soll es darauf ankommen, ob diese Informationen *erforderlich* sind, das heißt, die Informationen können nicht auf andere – weniger einschneidende – Weise erlangt werden.¹⁸⁶¹

Gleichwohl fehlt es an einer einheitlichen Maßgabe, anhand derer die Relevanz bemessen werden kann. Insofern besteht die Gefahr, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten hier auf die zum nationalen Recht erlassene Rechtsprechung zurückgreifen und so dem Ziel, ein einheitliches Schutzniveau zu erreichen, entgegenwirken. Während in Deutschland klaggestellt ist, dass eine Ausforschung des Gegners nicht stattfinden darf,¹⁸⁶² würde der englische Richter hier wohl auf den weit reichenden *Peruvian Guano*-Test mit seiner *train of inquiry*-Formel bzw. die entsprechenden Vorschriften der *Civil Procedure Rules* zurückgreifen.¹⁸⁶³ Hier wird darauf zu achten sein, dass das Unionsrecht einheitlich, aber autonom ausgelegt wird.¹⁸⁶⁴

cc) Verfügungsgewalt

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich mit Blick auf den Begriff der „Verfügungsgewalt“ (in der englischen Sprachfassung *control*). In Wettbewerbsstreitigkeiten wird sich etwa die Frage stellen, ob eine Muttergesellschaft über Informationen „verfügt“, die nur einer Tochtergesellschaft bekannt sind.¹⁸⁶⁵ Weiterhin wird darauf zu achten sein, dass die nationale Rechtsprechung, etwa der englische *Lonrho*-Test¹⁸⁶⁶ oder die deutsche Rechtsprechung zur Frage, ob im Rahmen von § 142 Abs. 1 ZPO a.F. Besitz oder

1861 Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen zum Weißbuch zur über Schadensersatzklagen des EG-Wettbewerbsrechts vom 02.04.2008, SEC(2008) 404 (ab-rufbar in englischer Sprache unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023), Ziff. 108.

1862 Z. B. BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367 juris-Rn. 17 ff.

1863 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) bb) (S. 274).

1864 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 38.

1865 S. u. Kapitel 5 A. III. 1. a) (S. 352); *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 38.

1866 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) aa) (S. 271).

lediglich ein Recht zum Besitz erforderlich ist,¹⁸⁶⁷ nicht einer unionsrechtskonformen Auslegung im Wege stehen.¹⁸⁶⁸ Vielmehr kann zu dieser speziellen Frage unter Umständen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Unternehmensbegriff¹⁸⁶⁹ zurückgegriffen werden.

Allerdings sieht die Richtlinie ohnehin vor, dass der Offenlegungsanspruch auch gegen Dritte geltend gemacht werden kann, sodass die Unschärfen im Zusammenhang mit dem Begriff der „Verfügungsgewalt“ nur selten zum Problem werden dürften.¹⁸⁷⁰ Schwierigkeiten ergeben sich jedoch, wenn die Muttergesellschaft der Gerichtsbarkeit eines bestimmten Staates unterfällt, die Tochtergesellschaft, der die fraglichen Informationen allein bekannt sind, aber nicht.¹⁸⁷¹ Weitere Probleme sind absehbar, wenn sich eine Offenlegungsklage gegen einen Mitarbeiter eines Unternehmens als Privatperson richtet, etwa weil die fraglichen Informationen auf dessen Dienstsmartphone gespeichert sind.¹⁸⁷² In diesen Fällen werden arbeitsvertragliche und datenschutzrechtliche Erwägungen eine bedeutende Rolle spielen.¹⁸⁷³

Grundlegend wird jedoch zu berücksichtigen sein, in welchem Verhältnis die Verfügungsgewalt des Offenlegungsschuldners und Rechte oder Interessen Dritter stehen. Es ist durchaus denkbar, dass der Offenlegungsschuldner zur Herausgabe des Beweismittels bereit und in der Lage ist, der Beweismittelfreilegung jedoch Rechte oder Interessen Dritter entgegenstehen. In diesen Fällen kommt es regelmäßig auf die Umstände des konkreten Einzelfalles, insbesondere die Ausgestaltung des konkreten Besitzmittlungsverhältnisses an.

b) Bezeichnung des Offenlegungsgegenstandes

Der Unionsgesetzgeber erkennt im Rahmen der Kartellschadensersatzrichtlinie die Schwierigkeiten des Beweisverpflichteten, den Herausgabege-

1867 S. o. Kapitel 2 D. (S. 181).

1868 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 38 f.

1869 Dazu zuletzt EuGH, Urt. v. 14.03.2019 – C-724/17 – Vantaan Kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy u. a., NZKart 2019, 217; so auch *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 39.

1870 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40.

1871 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40.

1872 S. dazu u. Kapitel 5 A. III. 1. c) (S. 356).

1873 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40.

genstand hinreichend genau beschreiben zu können, weil er auf diesen grundsätzlich keinen Zugriff hat.¹⁸⁷⁴ Kartellabsprachen zeichnen sich gerade durch ein Element der Geheimhaltung gegenüber anderen Marktteilnehmern und oftmals auch eine gewisse Komplexität aus, so dass es für den Beweisverpflichteten häufig besonders schwierig sein wird, die relevanten Informationen ohne Mitwirkung des Gegners vorzutragen.¹⁸⁷⁵

Im deutschen Recht stellt ihn regelmäßig das Bestimmtheitserfordernis gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vor große Herausforderungen.¹⁸⁷⁶ Bei der Anwendung dieser Vorschrift wird in entsprechenden Verfahren nunmehr Art. 5 Abs. 2 SERL zu beachten sein, der bestimmt, dass die herausverlangten Beweismittel „so genau und so präzise wie möglich abgegrenzt sind, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen [...] möglich ist.“ Dem Bestimmtheitserfordernis wird dabei durchaus Rechnung getragen. Gleichzeitig wird deutlich gemacht, dass hier kein absoluter Maßstab anzulegen ist, sondern stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. In diesem Zusammenhang ist Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie zu lesen, wonach „konkrete einzelne Beweismittel“ nicht benannt werden müssen. Vielmehr genügt die Benennung von Kategorien von Beweismitteln („Beweisgruppen“).¹⁸⁷⁷ Im Zweifel wäre § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unter Berücksichtigung des wesentlich weitergefassten Art. 5 Abs. 2 SERL richtlinienkonform auszulegen. Gleichwohl müssen auch die Beweisgruppen hinreichend genau beschrieben werden.¹⁸⁷⁸ Dass der Klageantrag nunmehr auch auf Beweiskategorien gerichtet sein kann, wurde als „wesentliche Auswirkung“ („*main transformation*“) der Kartellschadensersatzrichtlinie auf das nationale Recht beschrieben.¹⁸⁷⁹

1874 EGr. 16 SERL.

1875 Schnitzler, WuW 2015, 992, 993.

1876 S. o. Kapitel 2 B. II. 1. e) (S. 125).

1877 S. auch EGr. 16 SERL; AD Chirita, ‘The Disclosure of Evidence under the ‘Antitrust Damages’ Directive 2014/104/EU’, in: Tomljenović et al., EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement (Springer 2017), S. 150; Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 76; Schnitzler, WuW 2015, 992, 993 f.

1878 S. dazu ausf. Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 40 ff.

1879 E de Smijter, ‘Private Enforcement: Public Enforcer’s Perspective’, in: Wijckmans et al. (eds.), ‘Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law’ (Oxford University Press 2015), para 8.135.

c) Verhältnismäßigkeit

Die Mitgliedstaaten haben gemäß Art. 5 Abs. 3 SERL zu gewährleisten, dass die Anordnung der Beweismittelfreilegung durch die Gerichte verhältnismäßig ist. Es findet also eine Abwägung der Interessen der Parteien und der Interessen Dritter statt. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit die Klage(-erwiderung) durch bereits zugängliche Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, die den Offenlegungsantrag Rechtfertigen (Art. 5 Abs. 3 lit. a) SERL), in welchem Umfang die Freilegung verlangt wird und welche Kosten damit verbunden sind (Art. 5 Abs. 3 lit. b) SERL) sowie ob die offenzulegenden Beweismittel vertrauliche Informationen enthalten und welche Vorkehrungen zum Schutz dieser Informationen bestehen (Art. 5 Abs. 3 lit. c) SERL). Art. 5 Abs. 5 SERL stellt klar, dass das Interesse, Schadensersatzklagen zu vermeiden, nicht als schutzwürdiges Interesse zu berücksichtigen ist.

Klare Parameter, die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten sind, werden von den Gerichten, insbesondere dem Europäischen Gerichtshof, noch herauszuarbeiten sein.¹⁸⁸⁰ Bislang finden sich diesbezüglich sehr unterschiedliche Einschätzungen. Während einige davon ausgehen, es sei eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen,¹⁸⁸¹ befürchten andere *fishing expeditions*.¹⁸⁸² Angesichts der Beschränkungen aus Art. 6 Abs. 6 SERL und 7 Abs. 1 SERL handle es sich bei der Offenlegungsverpflichtung ohnehin eher um einen „Papiertiger“.¹⁸⁸³ Eine konkrete Vorgabe, wann die Freilegung unverhältnismäßig ist, fehle.¹⁸⁸⁴ Ausgehend von dem Kriterienkatalog in Art. 5 Abs. 3 SERL sollen daher die jeweils maßgeblichen Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeitsprüfung an dieser Stelle beleuchtet werden:

1880 So auch *Ascheberg*, Jura 2016, 1101, 1110.

1881 Z. B. *Böni*, EWS 2014, 324, 326.

1882 Z. B. *Podszun/Kreifels/Schmieder*, WuW 2017, 114, 116.

1883 *Keßler*, VuR 2015, 83, 88.

1884 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 68.

aa) Ausreichende Tatsachengrundlage für das Offenlegungsverlangen (Art 5 Abs. 3 lit. a) SERL)

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung haben die Gerichte Zunächst gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. a) SERL, der im deutschen Recht in § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB umgesetzt wurde, zu berücksichtigen, ob eine Tatsachenbehauptung bereits durch verfügbare Fakten belegt werden kann.¹⁸⁸⁵ Aus dieser Formulierung rührt das zu § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB bereits dargestellte Problem her, dass der Umfang des Offenlegungsanspruchs umso geringer würde, je größer die Beweisnot des Beweisverpflichteten ist.¹⁸⁸⁶

Insgesamt haben die Gerichte bei der Prüfung dieses Punktes zu beachten, dass die Offenlegungspflicht gerade der Beweisnot des Beweisverpflichteten begegnen soll. Zur Umsetzung der Vorgabe aus Art. 5 Abs. 3 lit. a) SERL sind daher die Umstände des Einzelfalls zu beachten, insbesondere inwieweit es dem Beweispflichtigen zumutbar ist, auch ohne Zugang zu Beweismitteln des Gegners den Kartellvorwurf zu untermauern. Dennoch wird deutlich, dass ein genau formulierter Antrag die Erfolgsaussichten erhöht.¹⁸⁸⁷ Es erscheint denkbar, dass auf Grundlage der in einem ersten Offenlegungsverfahren erlangten Informationen ein weiterer Offenlegungsanspruch geltend gemacht werden kann, wenn nur so weitere notwendige Informationen erlangt werden können.¹⁸⁸⁸

bb) Umfang und Aufwand (Art. 5 Abs. 3 lit. b) SERL)

Weiterhin ist gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. b) SERL im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten, dass die Offenlegung nicht zur Ausforschung des Gegners missbraucht wird. Die Gerichte haben dabei zu sicherzustellen, dass die offenzulegenden Beweismittel mit Blick auf Art, Gegenstand und Inhalt eindeutig bezeichnet sind.¹⁸⁸⁹ Bislang war es jedenfalls den Kartellbehörden erlaubt, die Vorlage „sämtliche[r] ,in- und externe[r] E-Mail-Korrespondenz [...], die sich mit der Frage von Preiserhöhungen

1885 Schweitzer, NZKart 2014, 335, 340.

1886 S. dazu schon o. Kapitel 2 B. III. 2. a) aa) (S. 152); Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 86; Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 38.

1887 Makatsch/Kacholdt, in: MüKo-WettbR, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 77.

1888 Makatsch/Kacholdt, in: MüKo-WettbR, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 79.

1889 Schweitzer, NZKart 2014, 335, 340.

für die Produkte XYZ im Zeitraum zwischen 2009 und 2014 befasst“, zu verlangen.¹⁸⁹⁰ Es erscheint fraglich, ob ein derart weit gefasster Antrag eines privaten Klägers von der Kartellschadensersatzrichtlinie gedeckt wäre.¹⁸⁹¹ Nach EGr. 23 SERL soll die unnötig weit gefasste Suche nach Informationen, die für die Verfahrensbeteiligten wahrscheinlich nicht relevant sind, verhindert werden. Die Offenlegungspflicht ist streng zweckbezogen.¹⁸⁹² Insgesamt wird der Offenlegungsgläubiger erläutern müssen, weshalb ihm gerade die herausverlangten Beweise die Durchsetzung seines Anspruchs entscheidend erleichtern.¹⁸⁹³

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass dem Offenlegungsverpflichteten keine unnötig hohen Kosten und kein unnötig hoher Aufwand entsteht. Ein unnötig hoher Aufwand wird dabei nur selten allein durch den Umfang der herausverlangten Beweismittel gekennzeichnet sein, weil große Datensätze mittlerweile durchaus einfach zur Verfügung gestellt werden können. Mit Blick auf herkömmliche („analoge“) Beweismittel mag dies im Einzelfall anders zu beurteilen sein.

Zu beachten ist aber, dass auch die Suche nach einzelnen Dokumenten, „der Nadel im Heuhaufen“, für den Offenlegungsschuldner einen großen Aufwand bedeuten kann.¹⁸⁹⁴ Nach der Gesetzesbegründung zu § 33 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB, wo diese Vorgabe der Kartellschadensersatzrichtlinie umgesetzt wurde, ist der zeitliche, personelle und finanzielle Aufwand des Verpflichteten zu berücksichtigen.¹⁸⁹⁵ Die mit dem Aufwand verbundenen Kosten können zwar grundsätzlich gemäß § 33g Abs. 7 GWB ersetzt verlangt werden, allerdings ist zu beachten, dass die Kostenerstattung allein den Aufwand des Verpflichteten nicht immer vollständig ausgleichen kann.¹⁸⁹⁶

Auch hier wird es auf eine Interessenabwägung ankommen. Die Offenlegung muss dem Offenlegungsschuldner zumutbar sein. Allerdings kann von ihm grundsätzlich verlangt werden, eine von ihm verursachte Infor-

1890 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.

1891 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.

1892 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 34.

1893 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 95; *Preuß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 86.

1894 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 89.

1895 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63.

1896 *Makatsch/Kacholdt*, in: MüKo-WettbR, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 81.

mationsasymmetrie zu beseitigen.¹⁸⁹⁷ Besondere Bedeutung erlangt der Aufwand des Offenlegungsschuldners, wenn es sich bei diesem nicht um einen Kartellbeteiligten, sondern um einen Dritten handelt.¹⁸⁹⁸ Soweit es um den Nachweis der Schadensweiterwälzung (*passing on*) geht, spielt der Aufwand der indirekten Abnehmer eine entscheidende Rolle.¹⁸⁹⁹

cc) Schutz vertraulicher Informationen (Art. 5 Abs. 3 lit. c) SERL)

Schließlich ist gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. c) SERL der Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten. Beweismittel, die solche Informationen enthalten, sollen nach Art. 5 Abs. 4 SERL i. V. m. EGr. 18 SERL zwar grundsätzlich für Schadensersatzklagen zur Verfügung stehen, allerdings müssen diese angemessen geschützt werden. Die Richtlinie wird im deutschen Recht durch § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB umgesetzt.¹⁹⁰⁰ Auch wenn der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse besondere Aufmerksamkeit verdient, muss beachtet werden, dass der Begriff der vertraulichen Information autonom ausgelegt werden muss. Insoweit kann auch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Durchsetzungsrichtlinie Bezug genommen werden.¹⁹⁰¹

Soweit im Rahmen der Offenlegungsansprüche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eine Rolle spielen, sind außerdem die unionsrechtlichen Vorgaben der Geschäftsgeheimnisrichtlinie¹⁹⁰² zu beachten.¹⁹⁰³ Diese Informa-

1897 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 90; ähnlich *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 41.

1898 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 91.

1899 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 92.

1900 Dazu o. Kapitel 2 B. III. 2. a) ff) (S. 155).

1901 Z. B. EuGH, Urt. v. 16.07.2015 – C-580/13 – *Coty*, GRUR 2015, 894 Rn. 29 ff.; diese Rechtsprechung fand in Deutschland u. a. Berücksichtigung in BGH, Urt. v. 21.10.2015 – I ZR 51/12 – *Davidoff Hot Water II*, GRUR 2016, 497 Rn. 22 ff., wo eine Bank dazu verpflichtet wurde, den Inhaber eines Kontos zu benennen, der über dieses Konto Geschäfte mit markenverletzender Ware abgewickelt hatte.

1902 Richtlinie 2016/943/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. L 157 v. 15.6.2016, 1 ff.

1903 Mitteilung der Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte, ABl. v. 22.07.2020, C 242/1 Rn. 24 (abrufbar unter [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0722\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0722(01))), zuletzt abgerufen

tionen sind jedoch nicht schlechthin von der Offenlegung ausgenommen, sie sind aber durch geeignete Vorkehrungen zu schützen. Solche können sich wiederum aus der Geschäftsgeheimnisrichtlinie ergeben. So ordnet etwa Art. 9 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) GeschGehRL die Einrichtung eines Vertraulichkeitskreises¹⁹⁰⁴ als Mindestvoraussetzung an.¹⁹⁰⁵ Es ist auf ein sinnvolles Zusammenspiel zwischen den Vorschriften der Kartellschadensersatzrichtlinie und der Geschäftsgeheimnisrichtlinie zu achten. Erst wenn keine zum Schutz sensibler Informationen geeignete Maßnahme zur Verfügung steht, ist im Wege der Interessenabwägung zu klären, inwieweit die Offenlegung unverhältnismäßig erscheint.¹⁹⁰⁶

Besonderen Schutz erfahren gemäß Art. 5 Abs. 6 SERL Informationen, die Angehörigen von Rechtsberufen anvertraut wurden. In diesem Fall ist den durch das Unionsrecht und das nationale Recht gewährten Privilegien uneingeschränkter Vorrang eingeräumt.¹⁹⁰⁷ Das gilt für das *legal professional privilege* des englischen Rechts¹⁹⁰⁸ ebenso wie das Zeugnisverweigerungsrecht der Rechtsanwälte gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO i. V. m. § 43a Abs. 2 S. 1 BRAO. Inwieweit dies bereits vor Zustandekommen des Mandatsvertrages gilt, ist jedoch ebenso fraglich¹⁹⁰⁹ wie das Zusammenspiel dieser Bestimmung mit § 33g Abs. 5, Abs. 6 GWB.¹⁹¹⁰ Im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof, ist jedoch davon auszugehen, dass Syndikusrechtsanwälten anvertraute Informationen nicht in vergleichbarer Weise vor der Offenlegung ausgenommen sind.¹⁹¹¹

am 11.07.2023); dazu auch Preuß, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 91.

1904 Zum Begriff s. o. Kapitel 2 B. III. 2. a) ff) ccc) (S. 157).

1905 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 101.

1906 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 102; Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 45.

1907 Preuß, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33g GWB 96 f.

1908 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. e) dd) (S. 285).

1909 S. dazu Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 103.

1910 Makatsch/Kacholdt, in: MüKo-WettbR, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 96; Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 46.

1911 EuGH v. 14.09.2010 – C550/07 P – Akzo Nobel Chemicals, ECLI:EU:C:2010:512 Rn. 41 ff.

dd) Weitere Kriterien

Die in Art. 5 Abs. 3 SERL genannten Kriterien sind nicht abschließend.¹⁹¹² Vielmehr gelten die allgemeinen Grundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung, sodass insbesondere auch mildere Mittel berücksichtigt werden müssen (vgl. so auch § 33 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GWB).¹⁹¹³ In der Regel werden die widerstreitenden Interessen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung abzuwägen sein. Der Kartellgeschädigte wird hier regelmäßig die Natur und den Wert des verfolgten Schadensersatzanspruchs ins Feld führen. Für den Offenlegungsschuldner werden Natur und Wert seiner gegenläufigen Interessen in die Waagschale zu legen sein.¹⁹¹⁴ Besonderes Gewicht wird dabei seinen Grundrechten beizumessen sein. Das gilt auch für das Recht, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen.¹⁹¹⁵ Weil sich das Kartellrecht aber gegen Unternehmen richtet, wird dies nur in Ausnahmefällen berücksichtigt werden können.¹⁹¹⁶

3. Weitere Verwendung der erlangten Informationen

Zur Frage, inwieweit die erlangten Beweismittel außerhalb des streitigen Verfahrens verwendet werden dürfen, lassen sich der Kartellschadensersatzrichtlinie hingegen kaum Vorgaben entnehmen. Erwägungsgrund 32 bestimmt zwar, dass das *public enforcement* durch die Wettbewerbsbehörden nicht über Gebühr beeinträchtigt werden darf. Deshalb sollten „Beweismittel, die bei einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, kein Gegenstand des Handels werden.“ Angesichts des klaren Wortlauts, der diese Vorgabe auf Beweismittel beschränkt, die von den Wettbewerbsbehörden erlangt wurden, erscheint jedenfalls fraglich, ob Entsprechendes auch für die Beweismittel gelten soll, die vom Verfahrensgegner erlangt wurden.

1912 Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 32.

1913 Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 35.

1914 Ausf. Sanner, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen, S. 566; s. dazu auch schon o. Kapitel 2 B. III. 2. a) (S. 151 ff.).

1915 Preuß, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 98.

1916 Westhoff, Zugang zu Beweismitteln, S. 178.

4. Sanktionen

Im Zusammenhang mit der Offenlegung von Beweismitteln spielt stets auch die Gefahr der Beweismittelunterdrückung und -vernichtung eine Rolle. Das erkennt auch Art. 8 SERL i. V. m. EGr. 33 SERL und bestimmt daher, dass die nationalen Gerichte hinreichend abschreckende Sanktionen verhängen können sollen, die die Vernichtung relevanter Beweismittel verhindern und gewährleisten, dass Offenlegungsanordnungen Folge geleitet wird. Ebenso sollen für den Fall, dass Pflichten zum Schutz von vertraulichen Informationen verletzt werden, wirksame Sanktionen vorgesehen werden.

Art. 8 Abs. 2 SERL nennt als Beispiele für wirksame Sanktionen nachteilige Schlussfolgerungen. Gemeint sind Fiktionen, nach denen der betroffene Beweis als erbracht angesehen wird, die Zurückweisung von Klagen oder Klageerwiderungen oder, dass die die Pflicht verletzende Partei die dadurch entstandenen Kosten zu tragen hat. In Österreich sieht etwa § 37m öKartG¹⁹¹⁷ in Umsetzung dieser Vorgabe eine Ordnungsstrafe von bis zu 100.000 Euro vor, wenn eine Partei oder deren Vertreter dem Beweisführer relevante Beweismittel entziehen, diese beseitigen oder untauglich machen, die Erfüllung einer Anordnung zum Schutz vertraulicher Informationen auferlegten Verpflichtungen unterlassen oder verweigern oder Beweismittel in nach § 37k Abs. 5, Abs. 6 öKartG unzulässiger Weise benutzen. Angesichts der beträchtlichen Schadensersatzsummen, denen sich Kartellanten ausgesetzt sehen, wird aber in Frage gestellt, ob die Höhe dieser Ordnungsstrafe ausreicht.¹⁹¹⁸

5. Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich die Frage, wie der Schuldner einer Offenlegungspflicht gemäß Art. 5 Abs. 1 SERL nachzukommen hat, auf Grundlage des Richtlinien textes und der dazu gehörenden Gesetzgebungsmaterialien nicht abschließend beantworten. Vielmehr werden auslegungsbedürftige Rechtsbe-

1917 Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KartG 2005) in der Fassung v. 11.07.2023.

1918 *Hoffer*, NZKart 2016, 466, 470.

griffe verwendet, weshalb letztlich der Europäische Gerichtshof auftretende Unschärfen zu klären haben wird.¹⁹¹⁹

III. Datenschutzgrundverordnung

Mit der im Mai 2019 in Kraft getretenen Datenschutzgrundverordnung wurden unter anderem Ansprüche auf Herausgabe von gespeicherten Daten eingeführt. Diese Ansprüche unterscheiden sich von den bis hierher dargestellten Regelungen,¹⁹²⁰ weil sie nicht der Geltendmachung eines Hauptanspruchs dienen. Es geht hier – zumindest in erster Linie – nicht um die Beschaffung von Beweismitteln für die Zwecke eines Zivilprozesses. Vielmehr soll der Nutzer einer Onlineplattform herausfinden können, welche Daten bestimmte Anbieter über ihn gespeichert haben.

Gleichwohl scheint ein Blick auf das in Art. 15 DSGVO gewährte Recht auf Auskunft lohnend. Dort wird sehr detailliert und weitgreifend beschrieben, welche Informationen mitgeteilt werden müssen. Zunächst müssen danach personenbezogene Daten (s. zum Begriff Art. 4 Nr. 1 DSGVO) mitgeteilt werden (Art. 15 Abs. 1 Hs. 1 DSGVO). Inhalt dieses Anspruchs ist die Auskunft über die konkret verarbeiteten personenbezogenen Daten. Die Reichweite wird von zwei Parametern bestimmt: Die Daten müssen personenbezogen und sie müssen verarbeitet worden sein.¹⁹²¹ Außerdem müssen bestimmte Meta- bzw. Kontextinformationen mitgeteilt werden (Art. 15 Abs. 1 lit. a) – lit. h)). Gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO muss dem Antragsteller eine Kopie sämtlicher Informationen zur Verfügung gestellt werden. Art. 15 Abs. 3 S. 2 DSGVO regelt die Kostentragungspflicht. Die erste Kopie muss kostenlos zur Verfügung gestellt werden, für jede weitere beantragte Kopie kann der Verantwortliche ein angemessenes Entgelt verlangen. Art. 15 Abs. 3 S. 3 DSGVO bestimmt außerdem, dass die Daten in einem gängigen Format zur Verfügung gestellt werden müssen.¹⁹²²

1919 So auch *Makatsch/Kacholdt*, in: *MüKo-WettbR*, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 76; *Mallmann/Lübbig*, *NZKart* 2016, 518, 519; *Wagner-von Papp*, *Access to Evidence*, S. 79.

1920 S. o. Kapitel I B. III. 2. d) (S. 86 f.).

1921 *Engeler/Quiel*, *NJW* 2019, 2201, 2202.

1922 S. zum Ganzen *Engeler/Quiel*, *NJW* 2019, 2201, 2202 f.

C. Zwischenergebnis

Während das englische und das französische Recht detaillierte Vorgaben betreffend den Zugang zu Beweismitteln enthalten, lassen sich den europarechtlichen Grundlagen, die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen sollen, kaum Anhaltspunkte zur Bestimmung der Reichweite der Offenlegungsansprüche entnehmen. Allerdings ist der Blick in die anderen Rechtsordnungen sinnvoll, weil dort bereits Mechanismen zum Beweismittelzugang zu finden sind.

Dennoch ist das Ergebnis dieser Frage stark vom Einzelfall abhängig. Bei einer Patentverletzung werden andere Informationen relevant sein als bei einem Urheberrechts- oder Kartellrechtsverstoß. Stets müssen die widerstreitenden Interessen in angemessenen Ausgleich gebracht werden. In der Folge wird es daher darum gehen, allgemeine Leitlinien zu entwickeln, anhand derer dieser Interessenausgleich vorgenommen werden kann.

Zusammenfassung des zweiten Teils

Es kann festgestellt werden, dass alle im Rahmen dieser Arbeit angesprochenen Rechtsordnungen auf die eine oder andere Weise Zugang zu Beweismitteln, die sich in Händen eines potenziellen Klagegegners befinden, gewähren. Stets wird erkannt, dass die Ermittlung der objektiven Wahrheit für eine gerechte Entscheidung eines Rechtsstreits unerlässlich ist. Auf die eine oder andere Weise soll der Sachverhalt so umfassend ermittelt werden, dass dieser objektiven Wahrheit möglichst nahegekommen wird. Dabei ist zu beachten, dass die Wahrheitsermittlung im *common law* durch das Aufeinandertreffen der Parteien (*adversarial approach*) erreicht werden soll.

Im Vergleich mit dem kontinentaleuropäischen, insbesondere dem deutschen Recht kommt es zu einer interessanten Rollenvertauschung: Müssen für die eigene Position ungünstige Tatsachen vorgetragen werden, ist das kontinentaleuropäische Recht von großer Zurückhaltung geprägt. Das *common law* begegnet dieser Frage wesentlich pragmatischer, wenn solche Informationen zunächst ohne Weiteres vorgelegt werden müssen. Im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens müssten die Karten offen auf den Tisch gelegt werden, es handle sich weder um Krieg noch um ein Spiel. Es gehe schließlich um das Erreichen „wahrer Gerechtigkeit“ zwischen den Parteien.¹⁹²³ Der grundsätzlich eher idealistisch veranlagte kontinentaleuropäische Jurist macht sich hier Sorgen über die praktische Umsetzung, während der pragmatische *common lawyer* das Ideal absoluter Wahrheitsfindung anstrebt.¹⁹²⁴

1923 *Davies et al. v. Eli Lilly & Ors* [1987] 1 All ER 801, 804, HL.

1924 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.26.

