

Hätte Columbus gewußt, was aus seiner „discovery“ wird ...

Das „discovery“-Verfahren im amerikanischen Patentverletzungsprozeß

Axel Pfeiffer¹

1. Grundlagen, Entwicklung, Überblick

Das „discovery“-Verfahren ist ein förmliches Verfahren im amerikanischen Zivilprozeß, mit dem eine Partei streitrelevante Tatsachen ergründen kann, die in der Sphäre der Gegenseite liegen. Dem amerikanischen Zivilprozeßrecht liegt u. a. die Maxime zugrunde, daß Überraschungen in der eigentlichen Verhandlung eines Prozesses vermieden werden sollen. Um dies zu erreichen, wurde den Parteien ein weitreichender Auskunftsanspruch eingeräumt, der im „discovery“-Verfahren erfüllt werden kann. Ein derartiges Verfahren kennt das deutsche Recht weder seiner Form noch seinem Inhalt und Umfang nach. Würde man die BGB §§ 809 ff („Vorlegung von Sachen“) neben die amerikanische „discovery“ stellen, so wäre das so, als ob klein Fritz mit der Rassel begeistert neben der Militärkapelle herläuft². Die „discovery“ ist ein Verfahren, das sich - unter Aufsicht des Gerichtes - hauptsächlich zwischen den Parteien abspielt. Dies ist in gewisser Weise logisch, denn die Parteien wissen wesentlich besser als das Gericht, was sie interessiert und von wem sie es kriegen zu können glauben.

Die „discovery“ gibt es sowohl in Verfahren vor den Bundesgerichten („federal courts“) als auch in Verfahren vor den Gerichten einzelner Bundes-Staaten („state courts“). Die Rechtsgrundlagen sind unterschiedlich, die Strukturen ähneln sich aber in den Grundzügen, wengleich in den Details deutliche Unterschiede auftreten können. In diesem Text wird die „discovery“ vor den Bundesgerichten beschrieben.

Grundlage des Verfahrens ist der von der Legislativen erlassene § 2072 in „Judiciary And Judicial Procedure“³, wodurch dem Supreme Court die Ermächtigung erteilt wird, für Verfahrensfragen Regeln zu erlassen. Daraufhin sind die „Federal Rules of Civil Procedure“ (FRCP) entstanden, in denen sich die Regeln 26 bis 37 mit der „discovery“ beschäftigen. Die heute gültigen Regeln wurden ihrer Struktur nach 1930 erlassen und seitdem immer wieder geändert. Die letzte größere Überarbeitung der Regeln erfolgte 1993. Ziel war es hier, das „discovery“-Verfahren insbesondere in komplexen Fällen schlanker zu gestalten und weniger anfällig für Mißbrauch zu machen. Obwohl diese Neufassung äußerst umstritten war und von allen betroffenen Standesvertretungen abgelehnt wurde, trat

¹ Dipl.-Ing., Patentanwalt, Beetz & Partner, München

² „©“ hierfür wohl bei FJS, der mit diesem Vergleich die Bundeswehr neben das US-Militär stellte.

³ 28 USC § 2072

sie schließlich am 1.12.1993 in Kraft⁴. In der Literatur wird jedoch bezweifelt, daß die Änderungen zu den gewünschten Effekten führen⁵.

Eine „discovery“ ist ein Teil eines anhängigen Prozesses. Wenn kein Prozeß anhängig ist, kann auch eine „discovery“ nicht stattfinden. Der Umfang („scope“) dessen, was die Parteien in der „discovery“ bekanntgeben müssen, ist außerordentlich weitreichend und für deutsche Augen absolut ungewöhnlich. Die „discovery“ steht allen Parteien zu. Der Kläger kann versuchen, Material zur Unterstützung seiner Klage zu erhalten, der Beklagte wird zugunsten seiner Verteidigungsmittel tätig werden. Eine Partei kann in der „discovery“ verschiedene Maßnahmen („devices“) anwenden, bspw. Fragebögen oder Vernehmungen geeigneter Personen, um interessierende Fakten zu ergründen. Die jeweilige gegnerische Partei ist verpflichtet, auf die Ansinnen der Gegenseite einzugehen und die gewünschten Informationen wahrheitsgemäß zu liefern. Wenngleich sich die „discovery“ hauptsächlich zwischen den Parteien abspielt, sind bestimmte Vorgehensweisen („mechanics“) einzuhalten, um ein faires und zügiges Verfahren sicherzustellen. Insoweit wird das Gericht überwachend tätig und kann nötigenfalls Sanktionen („sanctions“) gegen eine Partei verfügen. Das Material, das während der „discovery“ gewonnen wird, können die Parteien im weiteren Verfahren verwenden. Insbesondere wird das günstige Material, sofern es auch im Übrigen zulässig ist, dem Gericht und ggf. den Geschworenen vorgelegt, so daß es in die Urteilsfindung eingehen kann.

Die „discovery“ dauert bestenfalls nur wenige Wochen, fallabhängig kann sie sich aber auch über einen wesentlich längeren Zeitraum hinziehen. Es hängt stark vom Einzelfall ab, wie viel Material in einer „discovery“ anfällt. Für häufig auftretende Konstellationen, bspw. einen Verkehrsunfall, gibt es standardisierte „discoveries“ mit vorformulierten Fragebögen. In weniger geläufigen Fällen, z. B. Patentverletzungsprozessen, gemeinhin als „complex litigation“ bezeichnet, können gewaltige Berge von Material anfallen, die von den Anwälten ausgewertet und aufbereitet werden müssen. Die „discovery“ stellt dann mit einem der zeitraubendsten, personalaufwendigsten und damit kostenträchtigsten Teile eines Prozesses dar.

2. „Scope“

Die grundlegende Regel, die den Umfang des Auskunftsanspruches festlegt, ist FRCP Regel 26. Das, was demnach gegenüber der anderen Partei bekanntzugeben ist, kann man in zwei Teile gliedern, nämlich in diejenigen Informationen, die unaufgefordert bekanntzugeben sind⁶, und diejenigen Informationen, die auf

⁴ Eine ausführlichere Darstellung der Änderungen findet sich z. B. in Garner, *Discovery and Related Motion Practice*, Patent Litigation 1994, Bd. 1, S. 405 ff

⁵ Garner, a.a.O., Fußn. 4, oder Hartmann, *Discovery and Related Motion Practice*, Patent Litigation 1994, Bd. 1, S. 365 ff.

⁶ FRCP R. 26(a)(1)-(4), diesen Teil gibt es erst seit der Überarbeitung 1993

besondere Maßnahmen hin offenzulegen sind⁷. Unaufgefordert bekanntzugeben sind Namen und Adressen von Zeugen und Sachverständigen, grundlegende Unterlagen und Zahlen sowie die Natur der verwendeten Beweisstücke. Die „discovery“ im eigentlichen Sinne wird aber durch die fünf „devices“, manchmal auch „vehicles“ genannt, gebildet, die als zulässige Vorgehensweisen oder Maßnahmen der „discovery“ eingeführt werden. Der Umfang dessen, was mit diesen Maßnahmen erkundet werden kann, ist in FRCP R. 26 (b) abgesteckt, die hier teilweise zitiert wird:

R. 26

.....

(b) Discovery Scope and Limits. Unless otherwise limited by order of the court in accordance with these rules, the scope of discovery is as follows:

(1) In general. Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, which is relevant to the subject matter involved in the pending action, whether it relates to the claim or defense of the party seeking discovery or to the claim or defense of any other party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or any other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. The information sought need not be admissible at the trial if the information sought appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.

(2) Limitations (*Anm. d. Verf.: Hier kommt nichts Materielles.*)

.....

Läßt man sich den obigen Text auf der Zunge zergehen, wird man feststellen, daß viel von dem Material, das in Deutschland als „das Allerheiligste“ oder „der zu hütende Augapfel“ angesehen wird, in Amerika in der „discovery“ preisgegeben ist. Gewinnberechnungen, Umsatzzahlen, Kundenlisten, Geschäftsgeheimnisse, betriebliche Praktiken, all dies fällt zwanglos unter die obige Definition. Eine weitere Eigentümlichkeit scheint das Problem noch zu verschärfen: Das obige Zitat liest sich a priori auch glatt auf den Informationsaustausch zwischen Anwalt und seinem Mandanten. Somit können auch insoweit Unterlagen, etwa Anwaltsakten oder Schriftsätze, angefordert werden. Was passiert nun, wenn der Anwalt dem Mandanten vorher bspw. mitteilte, daß seiner Meinung nach dessen Fall auf wackeligen Beinen steht? Wird die Gegenseite dies in der „discovery“ erfahren und es dann triumphierend dem Gericht vorlegen? Und sind die Firmen insgesamt gläsern geworden? Muß eine Firma, die ihren Konkurrenten auskundschaften will, nichts weiter tun als einen Rechtsstreit vom Zaun zu brechen, um in der „discovery“ dann an die Filetstücke zu gelangen?

⁷ FRCP R. 26(a)(5) u. (b)(1)

Letztendlich wohl „nein“, aber die Trennwand zum „ja“ ist nicht sehr dick und kann chronischen Pessimisten sogar brüchig erscheinen. Es ist offensichtlich, daß verschiedene negative Auswirkungen der „discovery“ verhindert werden müssen. U. a. muß vermieden werden, daß das Verhältnis Anwalt - Mandant belastet wird und daß Firmen oder Personen mißbräuchlich durch das Verfahren ausgespäht oder schikaniert werden.

Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant ist durch zwei Rechtsfiguren geschützt. Zum einen sind kraft Verordnung gewisse Informationen, die zwischen Anwalt und Mandant gewechselt wurden, durch das „privilege“⁸ geschützt, zum anderen hat die Rechtsprechung die sog. „work product doctrine“⁹ entwickelt¹⁰. Ersteres steht originär dem Mandanten zu (und kann natürlich durch seinen Anwalt geltend gemacht werden), während letztere ursprünglich dem Anwalt selbst zusteht¹¹. Informationen, die von einem dieser Konstrukte erfaßt werden, unterliegen nicht der „discovery“. Nun ist aber auch hier der Rahmen nicht großzügig gesteckt. Nur diejenigen Informationen sind geschützt, die im Hinblick auf den Rechtsstreit („with an eye towards litigation“) verfaßt wurden. In Patentverletzungsstreitigkeiten sind insbesondere diejenigen Unterlagen *nicht* zwangsläufig geschützt, die zwischen Anwalt und Mandant im Patenterteilungsverfahren gewechselt wurden. Geschützt sind nur diejenigen Teile, die sich auf Meinungen und Beurteilungen beziehen, nicht aber technische Diskussionen oder technische Unterlagen. Es wird hier empfohlen, grundsätzlich alle Schriftstücke durch entsprechende Hinweise am Anfang des Schriftstückes als zum Meinungs-austausch zugehörig zu kennzeichnen¹². Darüber hinaus müssen die Informationen vertraulicher Natur sein, und auf die Vertraulichkeit darf nicht - absichtlich oder aus Versehen - verzichtet worden sein. Und auch Ausnahmen gibt es. Wenn eine Partei nachweisen kann, daß sie bestimmte Materialien der Gegenseite, die entweder durch das „privilege“ oder durch die „work product doctrine“ geschützt wären, für die Vorbereitung ihres Falles dringend braucht und diese selbst nur unter unverhältnismäßig hohem Aufwand beschaffen kann, kann sie auf gerichtliche Anordnung hin dieses Material erhalten¹³. Es ist also nicht jegliche Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant von der „discovery“ ausgeschlossen. Der einfache Hinweis, X sei der Mandant von Y, genügt nicht, um Material zurückhalten zu können. In der Rechtsprechung wurde weiterhin festgestellt, daß „privilege“ und „work product

⁸ siehe „... not privileged, ...“ in FRCP R. 26(b)(1), zitiert weiter oben im Text

⁹ Hickman v. Taylor, 329 US 495 (1947)

¹⁰ Der Sprachgebrauch ist nicht ganz einheitlich. Manchmal wird „privilege“ als Oberbegriff für das auf R. 26(b)(1) fußende „attorney-client privilege“ und für die „work product doctrine“ verwendet, andere Autoren verwenden den Begriff „privilege“ nur iVm dem „attorney-client privilege“. Auch in diesem Artikel wird dies so gehalten.

¹¹ Corneglio, Privilege, 71 JPTOS 846 (1989)

¹² Pretty, Where the Veil Against Discovery in Patent Litigation Falls, 76 JPTOS 71, 73 (1989), siehe auch Jack Winter, Inc. v. Koratron Co., 54 FRD 44 (1971); Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146 (1974), 1168

¹³ FRCP R. 26(b)(3)

doctrine“ teilweise auch im Verhältnis zu ausländischen Anwälten gelten, sofern auch im Ausland das Verhältnis Anwalt - Mandant gegen Einsichtnahme geschützt ist¹⁴. Die Rechtsprechung hat darüber hinaus festgestellt, daß das „privilege“ und die „work product doctrine“ nicht nur iVm Anwälten („lawyers“) gilt, sondern auch iVm „patent agents“, die nicht vor Gericht, sondern vor dem amerikanischen Patentamt zugelassen sind¹⁵.

Soweit nicht das Verhältnis Anwalt - Mandant betroffen ist und damit weder das „privilege“ noch die „work product doctrine“ gelten, gibt es nur noch wenige Grenzen, die den Umfang der „discovery“ gegenüber der weiten Fassung der oben zitierten R. 26(b)(1) einschränken würden, wengleich natürlich Schutzmechanismen vorgesehen sind, um berechtigten Interessen einer Partei Rechnung zu tragen. Die Rechtsprechung hat aber in vielen Entscheidungen unzweideutig festgestellt, daß beispielsweise „trade secrets“ (etwa „Betriebsgeheimnisse“) nicht grundsätzlich von der „discovery“ ausgenommen sind¹⁶.

Hat eine Partei den Eindruck, daß die Beantwortung gewisser Fragen ihr nicht ohne weiteres zugemutet werden kann, kann sie um Schutzanordnungen („protective orders“) nachsuchen, um beispielsweise zu verhindern, daß Geschäftsgeheimnisse in die Hände der Konkurrenz fallen. Solche Schutzanordnungen können sich nur auf Einzelfragen beziehen und nicht auf die „discovery“ im Allgemeinen. Rechtsgrundlage für Schutzanordnungen ist FRCP R. 26 (c):

R. 26

.....

(c) Protective Orders. Upon motion by a party (...) the court (...) may make any order which justice requires to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following:

.....

Regel 26 nennt dann - nicht abschließend - acht Schutzmaßnahmen, von denen hier lediglich einige erwähnt werden. Die angenehmste Maßnahme ist gleich die erste, ein gänzlich Verhindern des in Rede stehenden Teils der „discovery“. Diese Maßnahme wird aber nur sehr selten verhängt, da die „discovery“ nicht durch Ausnahmeregelungen gänzlich unterlaufen werden soll und auch andere Maßnahmen die Parteien schützen können. Das Gericht kann z. B. den Zugang zu kritischem Material auf bestimmte, zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen einschränken. Dieser Personenkreis umfaßt meist jedoch nicht nur unbe-

¹⁴ Burroughs Welcome Co v. Barr Laboratories, Inc., 143 FRD 611, 616 (1992), eine Entscheidung, bei der das Gericht zu über 350 Dokumenten zu entscheiden hatte, inwieweit sie geschützt seien, weil sich die Parteien darüber nicht einig wurden

¹⁵ Merek, Guth, The Attorney-ClientPrivilege and US Patent Agents, 76 JPTOS 591 (1994)

¹⁶ Claude Neon Lights, Inc. v. Rainbow Light, Inc., 31 F.2d 988 (1927); siehe auch 227 USPQ 18 (1985); 658 F. Supp. 998 (1987); McKown, Discovery of Trade Secrets, 75 JPTOS 721 (1993)

teiligte Dritte, vergleichbar etwa dem „Wirtschaftsprüfervorbehalt“, sondern regelmäßig auch den Anwalt der Gegenseite, der dann insoweit seinem Mandanten gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Diese Art von Anordnung ergeht regelmäßig zum Schutz vertraulicher Geschäftsdaten. Darüber hinaus kann das Gericht die Wahl der für die „discovery“ vorgesehenen Maßnahmen einschränken¹⁷, die Anzahl der befaßten Personen begrenzen und den Zeitpunkt oder die genaueren Umstände einer Maßnahme festlegen. Zusammenfassend kann man somit sagen, daß die „discovery“ kaum inhaltlich eingeschränkt ist, sondern daß vielmehr Maßnahmen eher formaler Natur vorgesehen sind, um schutzwürdigen Interessen gerecht werden zu können. Die Frage der Zulässigkeit des in der „discovery“ gewonnenen Materials als Beweismittel im Prozeß ist für die Frage der Grenzziehung während der „discovery“ irrelevant, solange hinreichend Aussicht besteht, daß das angefragte Material zu zulässigem Beweismaterial führt.

Der weiter oben als „nichts Materielles“ bezeichnete Absatz (b)(2) der Regel 26 dient im wesentlichen dem Schutz der Parteien vor Schikane oder unverhältnismäßigen Ansinnen der Gegenseite. Das Gericht kann beim Vorliegen näher spezifizierter Umstände den Umfang der „discovery“ einschränken. Es kann bspw. dann tätig werden, wenn gewisse Tatsachen schon einmal erfragt wurden oder wenn Tatsachen leichter durch die fragende Partei als durch die gefragte Partei festgestellt werden können. Auch diese Maßnahme wird aber vergleichsweise selten ergriffen und i. A. erst dann, wenn der mißbräuchliche Charakter der Forderungen mehr oder minder offensichtlich ist. Die Ausführlichkeit oder die Detailfreude der „discovery“ alleine ist kein Grund, unter dieser Regel einzugreifen.

Schwierig zu beurteilen ist es, ob Fragen, die zu ihrer Beantwortung rechtliche Würdigungen erfordern, in der „discovery“ zulässig sind. Dies hängt stark vom Einzelfall ab, insbesondere vom Bezug der notwendigen rechtlichen Würdigung zur Hauptsache. Auf jeden Fall reicht aber die Tatsache, daß rechtliche Würdigungen notwendig sind, alleine nicht aus, um eine Frage unzulässig zu machen. Das Gesetz geht auf diese Konstellation explizit ein¹⁸.

Stellt sich im Laufe der „discovery“ heraus, daß Angaben, die früher entweder unaufgefordert oder als Antwort auf eine Maßnahme der „discovery“ gegeben wurden, falsch oder unvollständig sind oder sich geändert haben, müssen diese Unrichtigkeiten unaufgefordert korrigiert bzw. aktualisiert werden.

3. „Devices“

¹⁷ DBMS Consultants, Ltd. v. Computer Associates International, 131 FRD 367 (1990)

¹⁸ FRCP R. 33 (c), R. 36(a)

Die FRCP zählen die verschiedenen für die „discovery“ zulässigen Maßnahmen abschließend auf¹⁹. Es gibt „depositions“²⁰, „interrogatories“²¹, „production of documents and things and entry upon land for inspection and other purposes“²², „physical and mental examination of persons“²³ und „request for admission“²⁴. Eine Partei kann sich beliebiger dieser Maßnahmen, einzeln oder in Kombination miteinander, einmal oder, evtl. mit Genehmigung des Gerichts, mehrmals, bedienen. Nachfolgend werden diese Maßnahmen im einzelnen kurz beschrieben:

- „Depositions“: Es werden hier beliebige Personen, evtl. auch eine Partei, von der interessierten Partei vernommen. Alle Parteien und natürlich auch die zu vernehmende Person sind rechtzeitig zu laden und über die Einzelheiten der Sitzung zu informieren. Eine „deposition“ findet immer in Anwesenheit einer zur Eidabnahme ermächtigten Person statt²⁵, die zu befragende Person wird vereidigt. Durch Parteivereinbarung („stipulation“) können die näheren Modalitäten einer „deposition“ festgelegt werden²⁶. Die Vernehmung findet üblicherweise in den Räumen eines der Anwälte statt. Bei der Vernehmung sind alle Anwälte sowie ein Protokollant anwesend. Wechselseitig werden die Anwälte Fragen stellen, die andere Seite wacht darüber, daß keine ihr unzulässig erscheinenden Fragen gestellt werden und daß die Verfahrensregeln eingehalten werden. In manchen Fällen kann die „deposition“ auch schriftlich durchgeführt werden. Das, was in einer „deposition“ bekannt wird, kann für und gegen alle Parteien verwendet werden, die bei der „deposition“ anwesend waren²⁷. Durch die FRCP ist die Zahl der ohne weiteres zulässigen „depositions“ auf 10 begrenzt. „Depositions“ sind aufwendige und teure Vorhaben, sie sind sorgfältig vorzubereiten und durchzuführen²⁸.
- „Interrogatories“: Es handelt sich hier um Fragen, die von einer Partei schriftlich ausgearbeitet und zur Beantwortung der anderen Partei zugeschickt werden. Diese hat binnen 30 Tagen zu antworten²⁹ oder die Fragen zu beanstanden. Die Anzahl der Fragen ist a priori auf 25 begrenzt, das Gericht kann aber mehr Fragen zulassen und tut dies i. d. R. auch freizügig. Die befragte Partei kann antworten, zu einer bestimmten Frage nichts zu wissen. Manche Fragen können in ausufernden Aktenstudien in den Firmenarchiven enden. Wenn dies

¹⁹ FRCP R. 26(a)(5)

²⁰ FCCP R. 27 bis 32, Vernehmung von Zeugen unter Eid

²¹ FRCP R. 33, schriftliche Fragebögen

²² FRCP R. 34, Vorlage von Unterlagen und Sachen sowie Begehung von Liegenschaften zur Besichtigung und für andere Zwecke

²³ FRCP R. 35, körperliche und psychologische Untersuchung von Personen

²⁴ FRCP R. 36, Aufforderung zum Eingeständnis

²⁵ FRCP R. 28 (a), üblicherweise ein „court reporter“, der auch die Niederschrift anfertigt

²⁶ FRCP R. 29

²⁷ FRCP R. 32

²⁸ siehe z. B. Lisnek, Kaufman, Depositions: Procedure, Strategy and Technique (1992)

²⁹ FRCP R. 33 (b) (3)

für den Befragten gleich aufwendig wie für den Fragenden ist, kann als Antwort auch angeboten werden, dem Fragenden den Zugang zu den Unterlagen zu ermöglichen. Diese sind dann jedoch so genau zu identifizieren, daß sie einfach aufgefunden werden können³⁰.

- „Production of documents and things ...“: Eine Partei kann verlangen, daß ihr von der anderen Partei wichtige Unterlagen oder Sachen zur Einsichtnahme, Besichtigung oder Untersuchung vorgelegt werden, oder daß ihr das Betreten von Grundstücken oder Anlagen gestattet wird. Das Gesuch kann auch den Zugang zu EDV-Materialien umfassen. Die anfragende Partei ist berechtigt, in angemessenem Umfang Kopien anzufertigen. Die angesprochene Partei muß dann binnen 30 Tagen antworten und die notwendigen Maßnahmen veranlassen. Auch dritte Parteien können zur Vorlage von Unterlagen aufgefordert werden. Bei ihnen ist dies jedoch nur iVm einer förmlichen Vorladung möglich³¹.
- „Physical and mental examination of persons“: Die körperliche oder psychologische Untersuchung einer Partei oder einer Person, die einer Partei zuzurechnen ist, kann verlangt werden, wenn diesbezügliche Fragen streitig werden. Eine derartige Untersuchung muß allerdings vom Gericht angeordnet werden³², die reine Aufforderung durch die Partei reicht nicht aus. Das Gericht wird eine solche Anordnung nur in begründeten Fällen treffen. Die Vorschrift verhindert nicht die Einsichtnahme in bereits vorher erstellte Untersuchungsberichte mittels anderer Maßnahmen der „discovery“.
- „Request for admission“: Hier wird eine Partei schriftlich dazu aufgefordert, bestimmte Tatsachen zuzugeben oder abzustreiten. Neben diesen beiden Antworten kann die aufgeforderte Partei ihr Nichtwissen geltend machen. Dies ist allerdings nur zulässig, wenn das Einholen entsprechender Informationen unzumutbar wäre. Insofern kann es für die aufgeforderte Partei auch notwendig werden, Dritte anzusprechen, um entsprechende Informationen einzuholen. Dies gilt nicht mehr, wenn diese Dritten ein bestimmtes Interesse im diskutierten Fall haben. Alle eingestandenen Tatsachen gelten für das weitere Verfahren als erwiesen, solange das Gericht nicht eine Abänderung oder Zurücknahme des Eingeständnisses zuläßt³³. Dies wird aber nur unter Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie geschehen, nicht auf das Argument hin, man habe sich geirrt. Auch Schweigen gilt als Eingeständnis!

4. „Mechanics“

³⁰ American Rockwool v. Owens-Corning Fiberglas Corp., 109 FRD 263, 266 (1985)

³¹ FRCP R. 34 (c), verweist auf R. 45

³² FRCP R. 35 (a)

³³ FRCP R. 36 (b)

Obwohl die „discovery“ im wesentlichen zwischen den Parteien stattfindet, bedarf es einer gewissen Steuerung und Reglementierung. Schließlich wäre es naiv anzunehmen, daß streitende Parteien, die ansonsten viel Geld ausgeben, um ihre Positionen gegeneinander durchzusetzen, sich in der „discovery“ fortwährend willig und hilfreich unter die Arme greifen. In den FRCP sind deshalb bestimmte Verfahrensregeln aufgestellt. Darüber hinaus kann das Gericht, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, auf Antrag oder kraft Gesetz, ggf. nach eigenem Ermessen, tätig werden und in das Verfahren eingreifen.

Sehr früh im Ablauf eines Rechtsstreites ist das zuständige Gericht durch die FRCP dazu gehalten, für den Prozeß u.a. einen konkreten Zeitplan aufzustellen³⁴. Dieser Zeitplan muß auch ein Zieldatum für die Beendigung der „discovery“ beinhalten³⁵. Damit das Gericht dieses Zieldatum nicht aus dem hohlen Bauch heraus festlegen muß, müssen die Parteien in einer Zusammenkunft vorher ihrerseits festlegen, wann die „discovery“ beendet sein kann und dies dem Gericht mitteilen³⁶. Erst ab dieser Zusammenkunft kann von einer Partei das Eingehen auf Forderungen der „discovery“ verlangt werden³⁷. Das Gericht wird daraufhin eine entsprechende Anordnung („scheduling order“) erlassen. Aus guten Gründen kann diese im weiteren Verfahren abgeändert werden.

Ziel der Parteien muß es nun sein, im abgesteckten Zeitrahmen die „discovery“ durchzuführen. Die Parteien werden deshalb baldmöglichst beginnen, mit den zulässigen „devices“ das zu ergründen zu versuchen, was sie interessiert. Die „discovery“ beginnt üblicherweise damit, daß Parteien sich wechselseitig „interrogatories“ zusenden, mit denen das Terrain sondiert wird. Beispielsweise wird nach Namen von Personen gefragt, die für bestimmte Fragen kompetent sind. Abhängigkeit vom Ergebnis dieser ersten Runde können weitere Fragen ausgearbeitet, „depositions“ vorgenommen oder andere Maßnahmen der „discovery“ angestrebt werden. Gelegentlich ist es sinnvoll, gewisse „devices“ miteinander zu kombinieren. Vergleichsweise häufig kommt es z. B. vor, daß im Rahmen einer „deposition“ auch Unterlagen oder Gegenstände vorgelegt und besichtigt werden. Es kann sich so ein ausführliches Wechselspiel von Fragen, Antworten und Vernehmungen ergeben, die sich gegenseitig bedingen und beeinflussen. In komplexen „discoveries“ können weitergehende Streitfragen auftreten, z. B. darüber, wer was zuerst sagen muß, weil wenn der eine zuerst dieses sagt, dann sagt der andere als nächstes nicht mehr jenes, sondern etwas anderes... Solche Streitigkeiten werden ggf. unter Zuhilfenahme des Gerichtes geklärt, es kann geeignete Anordnungen erlassen.

³⁴ FRCP R. 16 (b)

³⁵ FRCP R. 16 (b) (3)

³⁶ FRCP R. 26(f)

³⁷ FRCP R. 26(d)

Wenn eine Partei auf bestimmte Ansinnen der Gegenpartei während der „discovery“ nicht unmittelbar eingehen will, kann sie Informationen nicht nach Gutdünken zurückhalten. Sie kann statt dessen entweder die jeweiligen Ansinnen unter Angabe von Gründen beanstanden³⁸, oder sie kann versuchen, eine „protective order“ zu erlangen³⁹. Es sind auch beide Maßnahmen in Kombination möglich. Sie hat auch bekanntzugeben, daß und wie weit sie sich hinsichtlich bestimmter Informationen entweder auf das „privilege“ oder auf die „work product doctrine“ beruft⁴⁰.

Wenn eine Partei bestimmte Ansinnen während der „discovery“ beanstandet hat, liegt es nun wieder an der anderen Partei, tätig zu werden. Wenn sie sich mit der Beanstandung nicht zufrieden gibt, kann sie eine gerichtliche Anordnung beantragen, wodurch die Gegenseite zum Eingehen auf das gewünschte Ansinnen gezwungen wird⁴¹. Das Gericht wird dann eine Entscheidung treffen und eine bestimmte Anordnung erlassen oder das Gesuch abweisen. In gleicher Weise wird das Gericht dann, wenn ein Antrag auf eine „protective order“ eingegangen ist, über diesen entscheiden und ggf. eine geeignete Anordnung erlassen. Entsprechend den ergangenen Anordnungen des Gerichts ist dann zu verfahren. Die Frage, was passiert, wenn eine Partei mit den ergangenen Anordnungen nicht zufrieden ist, kann nicht unabhängig von den möglichen Sanktionen behandelt werden. Dies wird weiter unten erläutert.

Das in der „discovery“ gewonnene Material soll dazu dienen, den Ausgang des Prozesses zu beeinflussen. Da sich das Material aber zunächst nur in den Akten (Räumen, Fluren, Lagerhäusern) der Parteien befindet, stellt sich die Frage, wie es letztendlich im eigentlichen Prozeß - oder ganz zuletzt in der Verhandlung - verwendet wird.

Grundsätzlich bedeutet die Tatsache, daß bestimmte Materialien in einer „discovery“ gewonnen wurden, nicht, daß sie als Beweismittel auch zulässig sind. Somit ist generell zu prüfen, ob das aufgefundene Material gemäß den FRCP oder den „Federal Rules of Evidence“ (FRE) als Beweismittel zulässig ist. Erst wenn dies bejaht werden kann, können die Unterlagen im Prozeß auch verwendet werden.

Formal gesehen ist ansonsten die Verwendung des in der „discovery“ gewonnenen Materials kein aufwendiges Verfahren. Ein schriftliches Vorverfahren wie im deutschen Verfahrensrecht ist nicht vorgesehen. Deshalb wird das, was einer Partei günstig erscheint, in der mündlichen Verhandlung in das Verfahren eingeführt, um von den Entscheidungsträgern berücksichtigt zu werden. Auf den ersten Blick erscheint es erstaunlich, daß das gewonnene Material nicht ausführli-

³⁸ FRCP R. 30(c), R. 33(b)(3) u. (4), R. 34(b), R. 35(a), R. 36(a)

³⁹ FRCP R. 26(b)(2) u. (c)

⁴⁰ FRCP R. 26(b)(5)

⁴¹ FRCP R. 37(a)

cher dargelegt wird, beispielsweise durch argumentierende Schriftsätze vor der mündlichen Verhandlung. Dies ist aber konsistent mit den übrigen Verfahrensgrundsätzen im amerikanischen Prozeßrecht. Auf Wunsch einer der Parteien werden tatsächliche Feststellungen nicht durch den Richter getroffen, sondern von einer Gruppe von Geschworenen („jury“). Diese „jury“ weiß bis zum Tag des Prozesses auch nicht, worum es geht, so daß schon insoweit die Notwendigkeit besteht, in der mündlichen Verhandlung den Fall ganz von vorne zu entwickeln. Und wenn den Geschworenen zugetraut wird, einen Fall lediglich aufgrund der mündlichen Verhandlung zu erfassen, so ist es logisch, daß dies den Richtern erst recht zugetraut wird. Die Richter werden darüber hinaus von etlichen Tatsachen und von den Grundströmungen des Prozesses durch die verschiedenen, die „discovery“ begleitenden Gesuche („motions“) Kenntnis erhalten, denn wenn z. B. um eine „protective order“ nachgesucht wird, ist es unvermeidlich, daß Tatsachen zur Begründung des Gesuchs angeführt werden.

Die Niederschrift einer „deposition“ ersetzt grundsätzlich nicht die Vernehmung einer Person als Zeuge oder Sachverständiger vor Gericht. Somit kann eine Vernehmung während der „discovery“ nur dazu dienen, den Parteien einen Eindruck von der Sachlage zu erschaffen. Darüber hinaus kann die Niederschrift aber auch dazu verwendet werden, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen zu erschüttern, wenn er in der eigentlichen Verhandlung etwas anderes sagt als in der vorherigen „deposition“. Eine frühe Vernehmung eines Sachverständigen kann dann z. B. das Verändern oder Anpassen seiner Aussage an neue Tatsachen erschweren oder verhindern („freeze the expert“). Antworten auf „interrogatories“ oder „requests for admissions“ gelten als beeidigte Aussagen bzw., bei Eigeständnis, als erwiesene Tatsachen. Das bei einer Einsichtnahme gefundene Material kann gegen die vorliegende Partei verwendet werden, und der Untersuchungsbericht bei einer ärztlichen Untersuchung gilt als Sachverständigengutachten.

Die Neufassung des die „discovery“ beherrschenden Regelwerks wurde nicht nur in der Anwaltschaft abgelehnt. Auch die Richter standen ihr außerordentlich skeptisch gegenüber. Dies führte dazu, daß viele Gerichte von der in den Regeln eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machten, bestimmte Teile des Regelwerks zu ergänzen oder auch - soweit zulässig - zu überschreiben. Dies betrifft nicht nur Marginalien, sondern auch essentielle Teile der Regelungen. So kann beispielsweise die a priori zulässige Anzahl der „interrogatories“ oder „depositions“ erhöht oder das Erfordernis der unaufgeforderten Offenlegung ausgesetzt werden. Nicht nur Gerichte in ihrer Gesamtheit können individuelle Regelungen erlassen, es können auch einzelne Richter permanente Anordnungen im obigen Sinne erlassen. Somit muß sich ein Anwalt sorgfältig erkundigen, ob neben oder statt den FRCP Verordnungen des jeweiligen Gerichts oder des Richters, vor dem der Fall geführt wird, existieren.

Zusätzlich zu allem ist aber ausdrücklich vorgesehen, auch anstatt aller Verordnungen Parteivereinbarungen - „stipulations“ - weitestmöglich anzuerkennen⁴². Mit diesen Vereinbarungen können sich die Parteien das Leben somit etwas leichter machen, wenn beide Parteien das wollen. Gegenstand der Vereinbarungen können bspw. Zeitgrenzen, Verfahrensvereinbarungen oder Vereinbarungen entsprechend gerichtlichen „protective orders“ sein. Sie werden regelmäßig nicht nur für bereits in den Sog der „discovery“ geratene Dokumente abgeschlossen, sondern auch als generelle Vorabvereinbarungen. Solche „stipulations“ können ihrerseits wieder ein weitreichendes Regelwerk betreffend Begriffsdefinitionen und die Klassifizierung von und den Umgang mit vertraulichem Material enthalten, dessen sich der Anwalt und die Partei bewußt sein müssen.

Ist die „discovery“ erst einmal abgeschlossen, so kann sie nur in besonderen Ausnahmefällen wieder aufgenommen werden. Dies führt insbesondere dazu, daß im Beschwerdeverfahren keine „discovery“ mehr durchgeführt wird. Dies ergibt sich auch aus systematischen Schwierigkeiten. Im Beschwerdeverfahren vor den sog. „circuit courts“ gibt es keine Geschworenen mehr. Würde man hier nun aufs Neue Tatsachen in das Verfahren einführen, würde die Position der Geschworenen als „fact finders“ unterlaufen werden.

5. „Sanctions“

Die „discovery“ ist an vielen Stellen auf die Zusammenarbeit der sich im übrigen streitenden Parteien angewiesen. Damit diese gewährleistet ist, sind Sanktionen für den Fall vorgesehen, daß eine Partei sich nicht ordnungsgemäß verhält.

- Eine Partei könnte die anfängliche Festlegung eines voraussichtlichen Endtermins für die „discovery“ behindern. Das Gericht kann ihr dann die sich aus der Verzögerung für die andere Partei ergebenden Kosten auferlegen. Diese können auch die Anwaltskosten enthalten⁴³.
- Eine Partei kommt möglicherweise ihrer Pflicht zur unaufgeforderten Auskunft oder ihrer Aktualisierungspflicht nicht nach. Die unmittelbare Folge ist, daß sie die nicht angegebenen Beweismittel, Zeugen oder Sachverständigen im Verfahren nicht verwenden kann. Je nach Schwere des Verstoßes können weitergehende Sanktionen eintreten, bspw. prozessuale Nachteile betreffend die Beweislast oder gar betreffend den Prozeßausgang⁴⁴.
- Eine Partei antwortet auf Maßnahmen der „discovery“ falsch, ausweichend, unvollständig oder gar nicht. Auch dann können die weiter oben genannten Nachteile in prozessualer Hinsicht oder betreffend den Prozeßausgang eintre-

⁴² FRCP R. 29

⁴³ FRCP R. 37(g)

⁴⁴ FRCP R. 37(c)(1), siehe z. B. 427 US 639 (1976), 642 - 643 oder 29 USPQ 2d 2017 (1994)

ten⁴⁵. Wenn eine Partei eine gerichtliche Anordnung nicht befolgt, kann dies darüber hinaus als Mißachtung des Gerichts angesehen werden („contempt of court“) und demgemäß mit strengeren Maßnahmen bis hin zur Haft geahndet werden. Im „discovery“-Verfahren kommt es aber außerordentlich selten zu derartig strengen Maßregelungen.

- Eine Partei hält den gerichtlich festgesetzten Endtermin für die „discovery“ nicht ein. Da der Endtermin auf einer gerichtlichen Anordnung beruht, käme eine Mißachtung des Termins einer Mißachtung der gerichtlichen Anweisung gleich. Sie würde dann wie unmittelbar vorausgehend beschrieben geahndet⁴⁶.

Wenn eine Partei mit einer Maßnahme der „discovery“ oder einer „protective order“ nicht einverstanden ist, kann sie sich dem Verlangen der Gegenseite widersetzen, die entstehenden Nachteile in Kauf nehmen und ggf. gegen das Endergebnis Beschwerde einlegen. Darüber hinaus sind aber manche gerichtlichen Anordnungen, z. B. „protective orders“, getrennt beschwerdefähig. Ein separates Beschwerderecht ist gegeben, wenn eine Anordnung für eine bestimmte Frage abschließenden Charakter hat und der Fall getrennt von der Hauptsache verhandelt werden kann⁴⁷. Somit können Streitfälle, die unmittelbar Rechtspositionen von Parteien berühren, ggf. in einer getrennten Beschwerde überprüft werden, ohne daß die Hauptsache deswegen in den Graben fahren muß.

6. Kosten

Im amerikanischen Zivilprozeß gibt es kein Unterliegensprinzip ähnlich dem deutschen Recht. Eine Kostenerstattung am Ende des Prozesses findet nicht statt, jede Partei trägt die ihr entstehenden Kosten. Da die „discovery“ lediglich ein Teil eines Zivilprozesses ist, gelten für die sich aus ihr ergebenden Kosten die gleichen Grundsätze. Es kann allenfalls sein, daß das Gericht Sanktionen verhängt, die auch eine Kostenerstattung in bestimmtem Umfang umfassen. Dies findet aber nur auf ein Fehlverhalten einer Partei hin statt und betrifft auch nicht pauschal alle Kosten der „discovery“, sondern nur bestimmte Teile.

7. „Discovery“ und Ausländer bzw. im Ausland

Ausländer sind in der „discovery“ prinzipiell nicht anders gestellt als US-Inländer, soweit die „discovery“ im Inland betroffen ist. Dies ergibt sich schon ganz einfach aus der Tatsache, daß sie das gleiche Interesse am Prozeßausgang haben wie Inländer. Um die als Sanktionen verhängten Nachteile zu vermeiden, werden sie häufig im geforderten Umfang an der „discovery“ mitwirken.

⁴⁵ FRCP R. 37(b)(2) und (c) und (d)

⁴⁶ FRCP R. 37(b)(2) und R. 16(f)

⁴⁷ Eisen v. Carlisle & Jaquelin, 370 F.2d 119 (1966)

Gleichwohl reicht der Arm der amerikanischen Justiz nur abgeschwächt über die Grenzen, und so gerät die wohlgeölte „discovery“-Maschinerie manchmal ins Stottern, wenn Auslandsaspekte berührt werden. Den US-Anwälten merkt man hier gelegentlich ein gewisses Maß an Nissigkeit an, entstanden wohl in dem Ärger darüber, daß ausländische Rechtssysteme bzw. Anwälte dem „discovery“-Verfahren bestenfalls wurschtig, manchmal auch feindselig gegenüberstehen und deshalb bei weitem nicht so begeistert an diesem Strang ziehen wie der US-Kollege. Auf Kongressen erzählt man sich gerne Schauergeschichten darüber, was einem in diesem oder jenem Ausland alles widerfahren ist. Bisweilen kann man US-Anwälte mit dem Hinweis überraschen, daß es in vielen anderen Ländern ein „discovery“-Verfahren auch nur ansatzweise nicht gibt und daß diese Länder trotzdem ein kultiviertes Rechtssystem haben.

8. Anmerkungen

Das amerikanische „discovery“-Verfahren dürfte auf der Welt einzigartig dastehen. Im britischen Recht gibt es ein ansatzweise ähnliches Verfahren. Es ist im Umfang jedoch deutlich begrenzter, und das Unterliegensprinzip hinsichtlich der Kosten bzw. das damit verbundene Risiko trägt weiter dazu bei, den Umfang der „discovery“ begrenzt zu halten⁴⁸. Die §§ 809 ff im deutschen BGB wurde bereits erwähnt. In der Schweiz werden bestimmte Praktiken der „discovery“ als kriminell angesehen.

Trotz ihrer Einzigartigkeit strahlt die „discovery“ in vielerlei Hinsicht ins Ausland aus, gerade soweit Patentverletzungsfragen betroffen sind, die ihrer Natur nach häufig parallele Tatbestände in vielen Ländern haben: US-Anwälte gehen immer (zumindest „worst case“) davon aus, daß Tatbestände jedweder Art, gleich in welchem oder für welches Land sie gelten, während der „discovery“ ans Tageslicht kommen. Dies führt dazu, daß bei parallelen Verfahren in den USA und anderswo weltweit alle Maßnahmen und jedes Schriftstück durch eine „discovery“-Brille betrachtet werden, und auf einmal sind auch die europäische Partei und der europäische Anwalt gezwungen, sich insoweit Gedanken zu machen. Darüber hinaus führt die „discovery“ dazu, daß amerikanische Parteien ausländischen Entscheidungen nur sehr zurückhaltend Präzedenzwirkung für die USA zugestehen wollen. Der Gedanke hier ist nicht einfach von der Hand zu weisen: Die ausländische Entscheidung kam ohne „discovery“ zustande und gründet somit auf einem Tatbestand, der wahrscheinlich unvollständig ist. Bei der Wahl des Landes, in dem z. B. ein länderübergreifender Patentverletzungsprozeß begonnen bzw. geführt werden soll, kann dieser Gedanke eine Rolle spielen.

Durch die Statuten ist den Parteien aufgegeben, während der „discovery“ auch die gütliche Einigung im Rechtsstreit zu suchen. Wenngleich dies in weniger

⁴⁸ Hartmann, a.a.O., Fußn. 5, S. 369

komplizierten Fällen wenig berücksichtigt wird, kann man in komplizierten Fällen durchaus eine Tendenz hin zu Einigungen feststellen⁴⁹. Hierzu tragen zwei Effekte bei: Zum einen wissen die Parteien am Ende der „discovery“ gut, wo sie stehen, und sind dann eher geneigt, sich zu vergleichen. Insofern ist bei der Einreichung einer Klage noch gar nicht unbedingt die Motivation vorhanden, den Streit bis zuletzt durchzuführen. Vielmehr kann die primäre Zielsetzung sein, erst einmal in der „discovery“ zu ergründen, woran man ist, und dann ggf. weitere Schritte einzuleiten. Zum anderen werden während einer „discovery“ manchmal derartige Ummengen von Material gewonnen, daß zu befürchten ist, daß es durch Richter oder Geschworene in nicht mehr vorhersagbarer Weise gewürdigt wird. Das Ergebnis wäre dann eher „gambling“ als Rechtsfindung, so daß die Parteien auch insofern eine Einigung einem Richter- oder Geschworenenpruch vorziehen. In Patentverletzungsprozessen hört man als Faustregel, daß ca. 80% aller angefangenen Verfahren während oder nach der „discovery“ ihr gütliches Ende finden.

In der Literatur zur „discovery“ findet man häufig die Aussage, daß das Verfahren im Großen und Ganzen gesund sei und vernünftig gehandhabt werde. Im Kontext erscheint diese Aussage aber oft wie das Pfeifen im dunklen Wald, denn gleichzeitig werden oft Maßnahmen erwogen, wie der Mißbrauch „noch besser“ eingedämmt werden kann. Man macht sich dabei weniger Sorgen darüber, daß in der „discovery“ die Wahrheit zurückgehalten wird, als vielmehr, daß der Umfang der „discovery“ jegliches Maß und Ziel verliert⁵⁰. Tatsächlich nimmt in schwierigen Fällen die „discovery“ einen ungeheueren Teil der verwendeten Zeit und damit der entstehenden Kosten ein. "Boxes cases" werden sie im Jargon genannt, weil große Pappschachteln (und nicht nur zwei oder drei) zwischen den Kanzleien, Firmen und Lagerhäusern hin- und hergekartt werden, voll mit Papieren, die gelesen, ausgewertet, archiviert und zugänglich gemacht werden müssen. Schätzungen besagen, daß knapp 90% der gesamten Anwaltszeit eines Rechtsstreites in die „discovery“ investiert werden⁵¹. Zeitrahmen von zwei bis drei Jahren sind keine Seltenheit⁵², aber auch für noch deutlich umfangreichere Verfahren finden sich Hinweise⁵³.

Das wenigste davon kommt mißbräuchlich zustande. Ein Anwalt drückte dies so aus: „Thus, you have an obligation to spend your client's money and that of

⁴⁹ Avery, Mayer, Das US-Patent, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage (1992), S. 269

⁵⁰ Ein gar nicht so extremes Beispiel: Die Gegenseite hat einen Gutachter, der ein für die eigene Partei ungünstiges Gutachten geschrieben hat. Die „discovery“ ergibt, daß der Gutachter kürzlich ein Haus gebaut hat. Sie ergibt daraufhin, daß das Haus finanziert wurde. Es stellt sich dann heraus, daß der Kredit sehr günstige Konditionen hat. Die Frage, ob hier die gegnerische Partei mitgeholfen hat, um den Gutachter zu beeinflussen, wird nach Durchsicht aller Unterlagen und ggf. Vernahme weiterer Personen verneint.

⁵¹ Garner, a.a.O., Fußn. 5, S. 411

⁵² Avery, Mayer: a.a.O., Fußn. 49, S. 267

⁵³ z. B. In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation, 631 F.2d 1069 (1980), 1073: „... the parties are nearing the end of discovery, which after nine years has produced millions of documents and over 100.000 pages of depositions.“

your adversary looking under every rock, under every bed and at the top of every tree, just to make sure that, as you initially suspected, there is nothing there“⁵⁴. Den Anwälten sitzt hier nicht zuletzt die Sorge im Nacken, daß sich ein Mandant nach einem mit reduzierter „discovery“ verlorenen Fall nicht mit „see you“, sondern mit „sue you“ verabschiedet. Die sorgfältige Vorbereitung eines Falles führt damit zwangsläufig zu einer umfangreichen „discovery“.

Man hört aber auch relativ leichthin die Äußerungen, daß das, was der Gegner mache, an der Grenze des guten Geschmacks sei, aber man selbst mache ja auch nichts anderes. Die „American Bar Association“, vergleichbar der Rechtsanwaltskammer, unterhält ein „American Bar Association Special Committee on Discovery Abuse“⁵⁵. Somit gewinnt man insgesamt den Eindruck, daß mit den geltenden Regeln eine Belastung des Verhältnisses Anwalt - Mandant und die mißbräuchliche Ausspähung einer Partei hinreichend sicher vermieden werden. Schikanöse Praktiken lassen sich aber offensichtlich nicht ausreichend vermeiden. Die einen fragen ausführlichst, und die anderen antworten noch viel ausführlicher. Hier könnte der Ausdruck „massiv response“ entstanden sein.

Abhilfen? Nur 99 Jahre nachdem Columbus Amerika entdeckt hatte, zitierte Shakespeare in „Henry VI“ (1420 - 1461) Dick, den Metzger, mit seinem Vorschlag „The first thing we do: Let’s kill all the Lawyers“ (II Henry VI, 4. Akt, 2. Szene). Vermutlich ist dies Zufall und hat mit Amerikas „discovery“ nichts zu tun, ganz abgesehen davon, daß der Vorschlag unpraktikabel ist. Da eine andere Abhilfe aber auch nicht ersichtlich ist, wird man sich vermutlich damit abfinden müssen, daß, solange ein umfassender Auskunftsanspruch existiert, ein Verfahrensmißbrauch durch allgemeine Regelungen nicht vollständig vermieden werden kann. Auch die Gerichte sind in dieser Frage letztendlich überfordert. Da sie von den Hintergründen komplizierter Verfahrens vor der Verhandlung des Falles allenfalls Facetten kennen, haben sie nur in Ausnahmen oder in Extremfällen die notwendige Einsicht, um die „discovery“ gegen Mißbrauch zu schützen, ohne den weitreichenden Auskunftsanspruch in verfahrensfehlerhafter Weise zu verletzen. So bleibt nur, an die Vernunft der Parteien zu appellieren, die „discovery“ lediglich für die ihr zugedachten Zwecke zu verwenden.

⁵⁴ Garner, a.a.O., Fußn. 5, S. 414

⁵⁵ Fine, Plapinger, ADR and the Courts. A Manual for Judges and Lawyers, S. 259