

Extrait de l'œuvre

«Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier»

Edités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par

Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz

Aus dem US-amerikanischen
Discovery-Verfahren
gewonnene Beweise im inter-
nationalen Zivilprozess-
und Schiedsrecht in der Schweiz

Markus Müller-Chen

Schulthess §

Information bibliographique de «Der Deutschen Bibliothek»

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008
ISBN 978-3-7255-5528-1

www.schulthess.com

Aus dem US-amerikanischen Discovery-Verfahren gewonnene Beweise im internationalen Zivilprozess- und Schiedsrecht in der Schweiz

Dr. iur. MARKUS MÜLLER-CHEN, Professor an der Universität St. Gallen,
Rechtsanwalt Basel*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung**
- II. US-*Discovery* gestützt auf 28 U.S.C. § 1782
 - A. *Pre-Trial Discovery*
 - B. Überblick über 28 U.S.C. § 1782
 - C. Voraussetzungen im Einzelnen
 - 1. Zuständigkeit des District Court
 - 2. Verwendung in einem ausländischen Gerichts- oder Schiedsverfahren
 - 3. Antrag des Berechtigten auf Durchführung einer Discovery
 - D. Anordnung der Discovery liegt im gerichtlichen Ermessen
 - 1. Beweisbelastete Person
 - 2. Verwertbarkeit der Discovery-Ergebnisse im ausländischen Verfahren
 - 3. Umgehung ausländischer Beweisvorschriften
 - 4. Zumutbarkeit für beweisbelastete Person
- III. Verwertung des *Discovery*-Beweises in der Schweiz
 - A. Verfahren vor einem staatlichen Gericht
 - 1. Allgemeines
 - 2. Deposition einer Person als Zeugenbeweis
 - 3. Deposition als Urkundenbeweis
 - 4. Freie Würdigung des Beweises
 - B. Verfahren vor einem internationalen Schiedsgericht
 - 1. Anwendbare Verfahrensvorschriften
 - 2. Beweisabnahme durch das Schiedsgericht
 - 3. Durch eine Partei veranlasste Discovery nach 28 U.S.C. § 1782
 - C. Mögliche Hindernisse der Verwertbarkeit der Beweise
 - 1. Exklusive Geltung des Haager Beweisübereinkommens
 - 2. Verbot vorprozessualer Kontaktnahme mit Zeugen
 - 3. Verstoß gegen den *Ordre public*
- IV. Zusammenfassung

* Prof. Dr. iur., RA (St. Gallen/Basel)

** Der Verfasser bedankt sich herzlich bei den folgenden Personen, die wertvolle Gedanken und Ideen zu diesem Beitrag beigesteuert und Entwürfe kritisch gelesen haben: Dr. Werner Wenger, Dr. Peter Mosimann, Dr. Stephan Kesselbach, lic. iur. Placidus Plattner, lic. iur. James Koch und Frau Nadine Blättler, M.A. HSG in Law and Economics.

I. Einleitung

«Recht haben, heisst nicht Recht bekommen». Wer Recht bekommen will, muss die Tatsachen, aus denen Rechte abgeleitet werden, im Prozess beweisen können. Dazu müssen aber diese Tatsachen der jeweiligen Partei bekannt bzw. zugänglich sein, d.h. sie müssen – im Idealfall vor der Anhebung der Klage – beschafft werden.¹ Die Beweisbeschaffung ist in der Praxis oft schwieriger als die Ermittlung und Subsumtion des anwendbaren Rechts. Sie ist jedoch unabdingbar; von ihr hängt der Erfolg oder Misserfolg der Klage entscheidend ab.

Das schweizerische materielle Recht enthält nur vereinzelt Regeln, die ein Recht auf Information gewähren.² Das Prozessrecht kompensiert die Lückenhaftigkeit des materiellen «Informationsrechts» nur partiell. Insbesondere im vorprozessualen Stadium geben die schweizerischen Prozessrechte den Rechtssuchenden nur wenig formalisierte Möglichkeiten, Informationen von Personen erhältlich zu machen, die diese nicht freiwillig preisgeben. Die Herrschaft über die Beweisbeschaffung ist dem Gericht übertragen; das Beweisverfahren setzt die Klageanhebung (und damit die Leistung eines Kostenvorschusses) voraus.

In den USA sind es demgegenüber die Parteien, welche (unter der Aufsicht des Gerichts) die Beweisbeschaffung verantworten.³ Beweisrelevante Informationen können in einem frühen Stadium des Prozesses von der Gegenseite erhältlich gemacht werden (sog. *Pre-Trial Discovery*-Verfahren).⁴ Daher stellt sich bei Zivil- oder Schiedsverfahren in der Schweiz, die einen Bezug zu den USA haben, für die Parteien häufig die Frage, ob sie für in den USA gelegenen Beweise vom US-amerikanischen *Discovery*-Verfahren profitieren können.⁵

Ein solches Bedürfnis kann sich in den verschiedensten Konstellationen ergeben: Bei Streitigkeiten mit einer Tochtergesellschaft eines multinationalen Konzerns befinden sich für den Kläger notwendige Beweise bei der ausländischen Konzernmutter.⁶ Beweise in Patentverletzungsprozessen (z.B. Forschungsberichte oder andere Unterlagen;

¹ Vgl. zur Beweisbeschaffung vor Einleitung eines Prozesses GESSLER, SJZ 2004 433, 433 ff.

² Z.B. ZGB 170, OR 400, URG 65 II, MSchG 59 II etc.

³ DAMASKA, 45 Am. J. Comp. L. 839, 841 ff.; VOLKEN, 128, 136 f.; WALTER, 347; zur Rolle des Gerichts vgl. REDFERN/HUNTER, § 6–62; rechtsvergleichend HUANG, 3 ff.

⁴ Vgl. rechtsvergleichend BERNINI, in: The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2004, 269, 271 ff.; VOLKEN, 115 ff.

⁵ Die Bedeutung der Unterstützung ausländischer Parteien bei der Beweisbeschaffung in den USA wird in neuester Zeit stärker thematisiert, vgl. z.B. www.intlawnet.com; ROHNER/BARATZ, Beweis beschaffen wie in den USA, NZZ v. 13.6.2007.

⁶ *Marcel Fleischmann, and Eduardo V. Mortari, Jr. v. McDonald's Corp.*, 466 F. Supp. 2d 1020 (N.D. Ill. 2006): Marcel Fleischmann war bis Mai 2005 CEO einer brasilianischen Tochtergesellschaft von McDonald's. Während der seiner Entlassung folgenden gerichtlichen Auseinandersetzung in Sao Paulo gegen McDonald's Brasilien machte Fleischmann geltend, dass bei der im US-Bundesstaat Illinois domizilierten Konzernmutter (McDonald's Corp.) Informationen verfügbar seien, welche seinen Standpunkt stützen würden.

Zeugenaussagen von Forschenden), welche in der Regel am Ort der Verletzungshandlung geführt werden, sind häufig am Hauptsitz der Beteiligten zu finden.⁷

Dieser Beitrag behandelt die Rechtslage bei internationalen Verfahren vor staatlichen schweizerischen Gerichten bzw. Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz.^{8,9} Dies impliziert, dass mindestens eine Partei ihren Sitz, Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hat. Es ist weitgehend anerkannt, wenn auch nicht unbestritten, dass das formelle Beweisrecht durch die *lex fori*, d.h. (noch) kantonales Prozessrecht, beherrscht wird.¹⁰ Bei internationalen Schiedsgerichtsverfahren i.S.v. Art. 176 ff. IPRG richtet sich das Beweisrecht hingegen primär nach dem durch die Parteien gewählten Verfahren (IPRG 182 I), subsidiär nach dem vom Schiedsgericht bestimmten Verfahren (IPRG 182 II).

II. US-Discovery gestützt auf 28 U.S.C. § 1782

A. Pre-Trial Discovery

Der US-amerikanische Zivilprozess wird durch die *Pleadings* (Klage und Klagantwort) eingeleitet.¹¹ Das Rechtsbegehren kann allgemein gehalten werden, der Sachverhalt muss nur knapp umrissen werden, Beweisangebote braucht es keine und es ist bloss eine geringe *Filing Fee* zu bezahlen. Der Prozessstoff wird durch die Klageeinleitung nicht fixiert.

An die *Pleadings* schliesst sich das als (*Pre-trial*) *Discovery* bezeichnete Beweisermittlungsverfahren an (Rule 26 ff. F.R.C.P.).¹² Das *Discovery*-Verfahren hilft den Parteien, sich ein Bild vom Sachverhalt, von den gegnerischen Behauptungen und Beweisen und damit letztlich von den eigenen Prozessaussichten machen zu können.¹³ *Discovery* findet – obwohl formell unter der Leitung des Gerichts – nicht vor dem Gericht statt, sondern zwischen den Parteien. Das *Discovery*-Verfahren hat in Europa keine gute

⁷ *In the Matter of the Application of THE PROCTER & GAMBLE COMPANY*, 334 F. Supp. 2d 1112 (E. D. Wis. 2004).

⁸ Es geht m.a.W. nicht um die Rechtslage bei einem Prozess in den USA mit Beteiligung ausländischer Parteien und den damit zusammenhängenden Fragen der Beweiserhebung im Ausland (Haager Beweisübereinkommen oder Federal Rules of Civil Procedure), vgl. dazu z.B. TRITTMANN/LEITZEN, IPRax 2003 7, 7 ff.

⁹ Der Klarheit halber sei festgehalten, dass die Internationalität des Verfahrens keine Voraussetzung für die rechtshilfweise Inanspruchnahme des US-amerikanischen Beweisverfahrens ist.

¹⁰ Vgl. nur VOLKEN, 65 f.; WALTER, 293; VOGEL/SPÜHLER, 271 f.; LEIPOLD, 25; NIGG, 24 ff.; JAECKEL, 27 f.; kritisch demgegenüber SCHWANDER, in: Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht III, 2003, 88; RIXEN, 40 ff.; KOBERG, 97 f.; MEIER, 35.

¹¹ Rule 3 i.V.m. Rule 8(a) Federal Rules of Civil Procedure (= F.R.C.P.); abrufbar unter <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/index.html> (zuletzt besucht am 21.8.2007); s. VOLKEN, 127 ff.

¹² RIECKERS, RIW 2005 19, 19 f.; ESCHENFELDER, IPRax 2006 89, 90 f.

¹³ VOLKEN, 131; zum *Discovery*-Verfahren vgl. S. 931 ff.

Presse, da es dazu missbraucht werden kann, an Informationen zu gelangen, welche Grundlage einer Klage sein können (sog. *fishing-expeditions*).¹⁴

Nach Abschluss des *Discovery*-Verfahrens folgt die Hauptverhandlung (häufig ein *trial by jury*, Rule 38 F.R.C.P.), anlässlich derer Zeugen einvernommen (Rule 43 F.R.C.P.) bzw. generell die (u.a.) im *Discovery*-Verfahren ermittelten Beweise präsentiert werden. Das Beweisverfahren vor Bundesgerichten wird durch die *Federal Rules of Evidence* geregelt.¹⁵

Die kantonalen Zivilprozessordnungen kennen kein vergleichbares Verfahren, auch wenn eine gewisse Ähnlichkeit zur vorläufigen Beweisabnahme bzw. Beweissicherung besteht (vgl. z.B. ZPO-ZH 231 ff.). Art. 155 Abs. 1 lit. b E ZPO-CH 2006¹⁶ sieht vor, dass das Gericht schon vor Rechtshängigkeit des Prozesses Beweis abnehmen kann, wenn die gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Gemäss Botschaft stellt die Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten ein solches Interesse dar.¹⁷ Es wird abzuwarten sein, ob die Gerichte den Spielraum von Art. 155 E ZPO-CH 2006 nutzen werden, um den Parteien im Vorfeld eines Prozesses die Informationsbeschaffung zu erleichtern. Dies würde eine gewisse Annäherung an das *Discovery*-Verfahren bedeuten.

B. Überblick über 28 U.S.C. § 1782

28 U.S.C. § 1782 (*Assistance to Foreign and International Tribunals and to Litigants before such Tribunals*) will ausländischen und internationalen Gerichten und Parteien effizienten Zugang zum *Discovery*-Verfahren geben.¹⁸ Durch Verfügung des zuständigen (*Federal*) *District Court* können Personen oder Unternehmen verpflichtet werden, Zeugnis abzulegen oder Dokumente zu edieren, welche als Beweismittel im ausländischen Verfahren beansprucht werden.

Vorausgesetzt ist, dass die verpflichtete Person sich im Zuständigkeitsbereich des *District Court* aufhält (*resides or is found*), die *Discovery* für ein ausländisches Verfahren verwendet werden soll (*for use in a proceeding before a foreign tribunal*) und eine berechnigte Person einen entsprechenden Antrag stellt (*application is made by a foreign or international tribunal or any interested person*).¹⁹ Sind diese gesetzlichen

¹⁴ Unter *fishing-expedition* ist eine verpönte Beweisausforschung zu verstehen, die zur Auffindung von Belastungsmaterial zwecks Begründung eines Verdachts dient, ohne dass zuvor bereits konkrete Anhaltspunkte hierfür nach Gegenstand und Person bestünden (BGE 125 II 65, 73 f.; BGE 113 Ib 257, 272).

¹⁵ Abrufbar unter <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/index.html> (zuletzt besucht am 21.8.2007).

¹⁶ Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung in der Fassung des Bundesrates vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7413 ff.

¹⁷ Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221, 7315.

¹⁸ Daraus wird abgeleitet, dass das *Discovery*-Begehren im Zweifel gutzuheissen ist, vgl. *In re Bayer AG*, 146 F. 3d 188, 195 (3d Cir. 1998), zust. *Marcel Fleischmann, and Eduardo V. Mortari, Jr. v. McDonald's Corp.*, 466 F. Supp. 2d 1020, 1028 (N.D. Ill. 2006), vgl. KNÖFEL, RIW 11/2007, 832 ff.

¹⁹ 28 U.S.C. § 1782(a): «The District Court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal (...). The order may be made pursuant to a letter rogatory issued,

Voraussetzungen erfüllt, liegt es im Ermessen des Gerichts, ob Rechtshilfe nach 28 U.S.C. § 1782 gewährt wird.²⁰

C. Voraussetzungen im Einzelnen

1. Zuständigkeit des District Court

Die Person, die Zeugnis ablegen oder Dokumente edieren soll, muss sich im Zuständigkeitsbereich des *District Court* aufhalten (*resides*) oder dort angetroffen werden (*is found*).

Bei einem Unternehmen ist die Zuständigkeit z.B. gegeben, wenn dieses im betreffenden Bezirk seinen Hauptsitz hat oder eine Geschäftstätigkeit entfaltet (z.B. eine Vertriebsorganisation unterhält, eine Fabrik betreibt oder Grundstücke hält). Es genügt hingegen für die Zuständigkeit gegenüber der Muttergesellschaft nicht, wenn bloss eine Tochtergesellschaft im Bezirk domiliziert ist.²¹

Das Aufenthaltserfordernis ist relativ leicht erfüllt: Einerseits kann eine Person mehr als einen Aufenthaltsort haben²² und andererseits lässt es 28 U.S.C. § 1782 genügen, dass eine Person im Bezirk angetroffen werden kann (*is found*).²³ Bei der Prüfung des Aufenthaltsortes i.S.v. 28 U.S.C. § 1782 berücksichtigen die Gerichte die Umstände des Einzelfalls. Einbezogen werden dabei z.B. der Aufenthaltsort des Ehegatten und der Kinder, der Ort, wo die bürgerlichen Rechte wahrgenommen werden, der Ort, wo die Steuererklärung eingereicht wird, die Zeit, die in den USA verbracht wird, der Arbeitsort, der Wohnort (unabhängig davon, ob jemand in Miete wohnt oder Eigentümer ist) u.v.a.m.²⁴ Ein bloss gelegentlicher Aufenthalt (z.B. zu Ferien- oder Geschäftszwecken) im Bezirk ohne weitere Berührungspunkte genügt jedoch in der Regel nicht.²⁵

or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person (...). To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance to the Federal Rules of Civil Procedure (...). A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.»; CHUKWUMERIEJE, 37 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 649, 660 ff. (2005); FELLAS, Arb. Int'l 23 (2007), 379, 382 ff.

²⁰ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 264, 124 S.Ct. 2466, 159 L.Ed. 2d 355 (2004).

²¹ *In re Application of Nokia Corp.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 42883 (W.D. Mich., S.D. 2007).

²² *Santeez v. State Farm Ins. Co.*, 338 N.J. Super. 166, 173 f., 768 A. 2d 269 (N.J. Super. 2000).

²³ *In Re Edelmann*, 295 F. 3d 171, 180 (2d Cir. 2002): Entscheidend ist, dass die betroffene Person im Zeitpunkt der Zustellung in den USA ist, selbst wenn die Discovery Order vorher ausgestellt wurde.

²⁴ *In Re in the Matter of the Application of Oxus Gold Plc.*, 850 N.E. 2d 647, 653, 817 N.Y.S. 2d 600 (N.J. 2006), aff'd, *In Re in the Matter of the Application of Oxus Gold Plc.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 24061 (N.J. 2007).

²⁵ *In the Matter of the Application of Igor Kolomoisky*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 58591 (S.D. N.Y. 2006): Die Zuständigkeit gegenüber Victor Vekselberg wurde abgelehnt, da die einzigen Berührungspunkte mit New York in einem Telefonanschluss im Appartement seiner Frau und ein zehn- bis zwölftägiger Aufenthalt im Januar/Februar 2006 bestanden; *In re Application of Microsoft Corp.*, 428 F. Supp. 2d 188, 192 (S.D. N.Y. 2006): Keine Zuständigkeit in New York gegenüber einem (im Brüsseler Büro arbeitenden und in Brüssel residierenden) Partner einer New Yorker Anwaltskanzlei; *anders Edelmann v. Taittinger*, 295 F. 3d 171 (2d Cir. 2002): Claude Taittinger wurde während eines Besuchs in New York

2. Verwendung in einem ausländischen Gerichts- oder Schiedsverfahren

Zweite Voraussetzung ist, dass die Beweismittel in einem Verfahren (*Proceeding*) eines ausländischen oder internationalen Gerichts (*Tribunal*) Verwendung finden müssen. Unter *Tribunal* sind unabhängig von ihrer Bezeichnung als Gericht jegliche unabhängigen staatlichen oder internationalen Zivil- und Strafgerichte sowie Verwaltungsbehörden zu verstehen, welche bindende Entscheidungen fällen können.²⁶ Auch die Staatsanwaltschaft oder ein mit Untersuchungskompetenzen ausgestatteter Beamter gilt als *Tribunal*. Nach gewissem Zögern scheint sich nunmehr die Überzeugung durchgesetzt zu haben, dass auch staatliche, zwischenstaatliche²⁷ und – vereinzelt – private²⁸ Schiedsgerichte *Tribunal* i.S.v. 28 U.S.C. § 1782 sind.

Es wird – entgegen dem Wortlaut von 28 U.S.C. § 1782 – nicht vorausgesetzt, dass das ausländische Verfahren im Zeitpunkt des *Discovery*-Begehrens bereits rechtshängig ist; es genügt, wenn das Verfahren *in reasonable contemplation* ist.²⁹ Im Einzelnen hat die Rechtsprechung jedoch noch keine klaren Kriterien herausgearbeitet, ob und in welchem Zeitraum ein Verfahren bevorstehen muss, damit es *in reasonable contemplation* ist. Es gibt Gerichte, welche sich mit Indizien begnügen, dass ein Verfahren innerhalb angemessener Zeit anhängig gemacht werden wird.

Andererseits muss der Gesuchsteller bei einem hängigen Verfahren auch nicht bis zum Zeitpunkt des ausländischen Beweisverfahrens zuwarten, bis er *Discovery* nach 28 U.S.C. § 1782 verlangen kann.³⁰ Umgekehrt wird das *Discovery*-Begehren abgewiesen, wenn das Beweiserhebungsverfahren im ausländischen Verfahren bereits abgeschlossen ist.³¹

eine Vorladung (*subpoena*) zur *Deposition* zugestellt, kehrte aber nach Frankreich zurück, ohne zur *Deposition* zu erscheinen. Der Appeal Court hielt dafür, dass «while physically present in the district of the court that issued the *Discovery* order, then for purposes of § 1782(a) he is found in that district and can be required to appear for a *Deposition*», Id., 180.

²⁶ Z.B. fallen auch Wettbewerbsverfahren vor der EU-Kommission unter 28 U.S.C. § 1782, vgl. *In re Application of Microsoft Corp.*, 428 F. Supp. 2d 188 (S.D. N.Y. 2006); *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 264, 124 S.Ct. 2466, 159 L.Ed. 2d 355 (2004).

²⁷ *In Re in the Matter of the Application of Oxus Gold Plc.*, 850 N.E. 2d 647, 653, 817 N.Y.S. 2d 600 (N.J. 2006), aff'd, *In Re in the Matter of the Application of Oxus Gold Plc.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 24061 (N.J. 2007), dazu Anm. SHEPPARD A., ASA Bull. 2007, 402 ff.

²⁸ Umstritten: **Ablehnend** z.B. *National Broadcasting Co. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F. 3d 184 (2d Cir. 1999); *In re: THE APPLICATION OF NATIONAL BROADCASTING COMPANY, INC. and NBC EUROPE, INC.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 385 (S.D. N.Y. 1998); *Matter of the Application of Medway Power Ltd.*, 985 F. Supp. 402 (S.D. N.Y. 1997); **bejahend**: *In re Application of Technostroyexport*, 853 F. Supp. 695, 697 (S.D. N.Y. 1994); Schiedsgericht ist zwar *Tribunal* i.S.v. 28 U.S.C. § 1782, der Antrag der Parteien muss aber von einer entsprechenden Genehmigungserklärung des Schiedsgerichts begleitet sein (letzteres wohl in Widerspruch zum Wortlaut von § 1782); *Eco Swiss China Time Ltd. v. Timex Corporation*, 944 F. Supp. 134 (D. Conn. 1996); *In re Application of: ROZ TRADING LTD.*, 469 F. Supp. 2d 1221, 1224 ff. (N.D. Ga. 2007); zum Ganzen FELLAS, Arb. Int'l 23 (2007), 379, 391 ff.

²⁹ *In re: Application of Michael Wilson & Partners, Ltd.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 54624 (Colo. 2007).

³⁰ *In re the Application of SERVICIO PAN AMERICANO DE PROTECCION, C.A.*, 354 F. Supp. 2d 269 (S.D. N.Y. 2004).

³¹ *Ishihara Chem. Co. v. Shipley Co., L.L.C.*, 251 F. 3d 120, 125 (2d Cir. 2001).

Ferner ist nicht vorausgesetzt, dass die durch das *Discovery*-Verfahren gewonnenen Beweismittel als Beweis im ausländischen Verfahren zugelassen sind.³² Es wird – zumindest von der Mehrheit der Gerichte – auch nicht verlangt, dass das *Discovery*-Verfahren in der ausländischen Verfahrensordnung bekannt oder zulässig ist.³³ Dieser Aspekt spielt aber als Kriterium bei der Ausübung des gerichtlichen Ermessens eine Rolle (vgl. nachfolgend S. 932 ff.). Der Gesuchsteller muss nachweisen, dass die nachgesuchten Beweise im ausländischen Verfahren von einer gewissen Bedeutung sind (*some relevance*).³⁴

3. Antrag des Berechtigten auf Durchführung einer Discovery

Der Antrag zur Anordnung einer *Discovery*-Massnahme kann von dem ausländischen oder internationalen *Tribunal* oder durch *any interested person* gestellt werden. Formeller Parteistatus im ausländischen Verfahren ist nicht nötig,³⁵ auch eine bloss verfahrensbeteiligte Person (z.B. der Anzeigsteller in einem Wettbewerbsverfahren) gilt als *interested person*.³⁶ Es finden sich in der Praxis nur wenige Aufträge nach 28 U.S.C. § 1782, welche von einem Gericht stammen. Diese bevorzugen offenbar das Rechtshilfeverfahren über das Haager Beweisübereinkommen.³⁷

Das Gesuch muss einen Antrag auf Durchführung eines *Discovery*-Verfahrens enthalten. Es geht m.a.W. in 28 U.S.C. § 1782 um die Beweisabnahme; andere Massnahmen (z.B. Vollstreckung eines ausländischen Urteils oder Arrestierung von Vermögenswerten in den USA)³⁸ können nicht verlangt werden. Ferner kann nur beantragt werden, dass der Gesuchsgegner als Zeuge³⁹ einvernommen wird und/oder Dokumente bzw. andere Sachen ediert (*to give his testimony or statement or to produce a document or other thing*).⁴⁰ Unter den Gerichten besteht keine Einigkeit darüber, ob 28 U.S.C.

³² *Marcel Fleischmann, and Eduardo V. Mortari, Jr. v. McDonald's Corp.*, 466 F. Supp. 2d 1020, 1026 (N.D. Ill. 2006); *In re: Application of Imanagement Services Ltd.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 17025 (E.D. N.Y. 2005).

³³ Sog. *Discoverability* bzw. *Admissability-Requirement*: *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 259 f., 124 S.Ct. 2466, 159 L.Ed. 2d 355 (2004); *In re: Application of Michael Wilson & Partners, Ltd.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 54624 (Colo. 2007); *In re Application of Imanagement Services Ltd.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 8876 (N.J. 2006); *In the Matter of the Application of THE PROCTER & GAMBLE COMPANY*, 334 F. Supp. 2d 1112, 1115 (E. D. Wis. 2004).

³⁴ *In Re in the Matter of the Application of Oxus Gold Plc*, 850 N.E. 2d 647, 653, 817 N.Y.S. 2d 600 (N.J. 2006), *aff'd*, *In Re in the Matter of the Application of Oxus Gold Plc.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 24061 (N.J. 2007).

³⁵ *In Re in the Matter of the Application of Oxus Gold Plc*, 850 N.E. 2d 647, 653, 817 N.Y.S. 2d 600 (N.J. 2006), *aff'd*, *In Re in the Matter of the Application of Oxus Gold Plc.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 24061 (N.J. 2007).

³⁶ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 255, 124 S.Ct. 2466, 159 L.Ed. 2d 355 (2004).

³⁷ Zu einer Ausnahme vgl. *In Re: Patricio Clerici*, 481 F. 3d 1324 (11th Cir. 2007): Antrag eines panamesischen Gerichts im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens auf Auskunft über in den USA gelegene Vermögenswerte des Vollstreckungsschuldners.

³⁸ *In Re: Patricio Clerici*, 481 F. 3d 1324, 1332 ff. (11th Cir. 2007).

³⁹ Zeuge ist eine Person, die nicht Partei ist, welche eine formelle Aussage über persönliche Wahrnehmungen bezüglich strittiger Tatsachen macht, VOGEL/SPÜHLER, 280.

⁴⁰ Vgl. Rule 26(a)(5) i.V.m. Rule 30, 31, 34 F.R.C.P.

§ 1782 extraterritoriale Anwendung auf Dokumente findet, welche nicht in den USA gelegen sind.⁴¹

Die Modalitäten der *Discovery* richten sich nach Rules 26–37 F.R.C.P.⁴² Der Zeuge wird durch eine vom Gericht bestellte Person (in der Praxis in der Regel der Anwalt der gesuchstellenden Partei) unter Eid (*under oath*) befragt; die Einvernahme muss entweder schriftlich (wörtliches Protokoll) oder audiovisuell festgehalten werden (für Einzelheiten s. Rule 31 F.R.C.P.).⁴³ Die befragte Person wird vor der Befragung von einer dazu autorisierten Person (*Notary Public*) vereidigt und steht somit unter der Strafandrohung für Meineid (*perjury*) gemäss 18 U.S.C. § 1621. Eine Person kann nicht zur Teilnahme am *Discovery*-Verfahren gezwungen werden, wenn ihr ein Zeugnisverweigerungsrecht oder ein ähnliches Privileg (z.B. Immunität) zusteht. Dabei kann sie sich sowohl auf die Privilegien des US-amerikanischen als auch auf die des ausländischen Rechts berufen.

D. Anordnung der *Discovery* liegt im gerichtlichen Ermessen

Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, liegt es im Ermessen des *District Court*, die *Discovery*-Verfügung zu erlassen. Dies bedeutet u.a., dass das Gericht seine Verfügung auch auf andere als im Gesuch genannte Zeugen oder Dokumente erstrecken kann.⁴⁴ Der U.S. Supreme Court hat in seiner wegweisenden Entscheidung *Intel v. Advanced Micro Devices, Inc.* vier nachfolgend kurz darzustellende Kriterien als Leitlinien für die Gerichte aufgestellt.⁴⁵

⁴¹ *Bejahend: In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Schotttdorf*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 94161 (S.D. N.Y. 2006); *ablehnend: Marcel Fleischmann, and Eduardo V. Mortari, Jr. v. McDonald's Corp.*, 466 F. Supp. 2d 1020, 1032 (N.D. Ill. 2006); *Norex Petroleum Ltd. v. Chubb Insurance Co. of Canada*, 384 F. Supp. 2d 45, 49 ff. (D.C. 2005).

⁴² *In Re: Patricio Clerici*, 481 F. 3d 1324, 1335 (11th Cir. 2007); *Marcel Fleischmann, and Eduardo V. Mortari, Jr. v. McDonald's Corp.*, 466 F. Supp. 2d 1020, 1032 (N.D. Ill. 2006); zu den *Discovery*-Methoden vgl. GÖTZ, SJZ 2006 269, 270 f.

⁴³ Eine gerichtliche Anordnung (*order*) lautet z.B.: «Upon consideration of the Application of (...) for Assistance before a Foreign Tribunal, and the Declarations and Exhibits submitted in support thereof, and it appearing that the requirements of 28 U.S.C. § 1782 have been satisfied, it is this (...) day of (...) ORDERED, that the Application is granted; and it is FURTHER ORDERED, that (name of witness) is directed, pursuant to 28 U.S.C. § 1782, to give his testimony at a *Deposition* upon oral examination, to be held at the offices of (name of law firm), and to produce the documents listed in the subpoena in the form attached hereto as Exhibit, at the time and place specified therein, for use in a foreign proceeding, and it is FURTHER ORDERED, that the Applicant is authorized to issue the Subpoena to (name of witness), and it is FURTHER ORDERED, that (name of witness) is directed to comply with the Subpoena in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure and the Rules of this Court; and it is FURTHER ORDERED, that (name), attorneys for the Applicant, may issue, sign and serve the Subpoena on (name of witness) pursuant to Rule 45 of the Federal Rules of Civil Procedure in this matter; and it is FURTHER ORDERED, that the Applicant shall, on or before (date) send written notice of the *Deposition*, which shall also designate the documents to be provided, to (name), the defendant in the foreign proceeding, at his residence address (address), and to his attorney (name and address), by international courier. SO ORDERED.».

⁴⁴ *Vanessa Achoa Lopes v. Amilcar Augusto Lopes Jr.*, 180 Fed. Appx. 874, 877.

⁴⁵ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 262 ff., 124 S.Ct. 2466, 159 L.Ed. 2d 355 (2004); vgl. dazu GÖTZ, SJZ 2006 269, 272 ff.; RIECKERS, RIW 2005 19, 20 ff.; ESCHENFELDER, IPRax

1. Beweisbelastete Person

Als erstes hat das Gericht zu prüfen, ob die Person, welche Zeugnis ablegen bzw. Dokumente edieren soll, selbst am ausländischen Verfahren teilnimmt. Ist dies zu bejahen, braucht das *Discovery*-Gesuch in der Regel nicht gutgeheissen zu werden, da das ausländische Gericht die Autorität hat, gegenüber Prozessparteien die notwendigen Beweismassnahmen anzuordnen.⁴⁶ Demgegenüber besteht ein Bedürfnis nach 28 U.S.C. § 1782 bei Personen, die sich ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs des ausländischen Gerichts aufhalten.

2. Verwertbarkeit der Discovery-Ergebnisse im ausländischen Verfahren

Zweitens ist die Haltung des ausländischen Staates oder *Tribunals* gegenüber dem *Discovery*-Verfahren zu berücksichtigen.⁴⁷ Lehnt die ausländische Autorität dieses explizit ab, wird das *Discovery*-Gesuch regelmässig abgelehnt.⁴⁸ Ansonsten wird dem häufig vorgebrachten Argument der Nichtverwendbarkeit des Beweises im ausländischen Verfahren wenig Bedeutung zugemessen. Nach Auffassung der US-amerikanischen Gerichte ist es dem ausländischen *Tribunal* überlassen, den Beweis nicht zuzulassen, wenn jenes die *Discovery* als inakzeptable Beweismassnahme ansieht.⁴⁹ Besteht zwischen den USA und dem ausländischen Staat ein Rechtshilfe- oder Beweisübereinkommen, wird dies als Indiz für die Empfänglichkeit des ausländischen *Tribunal* für die im *Discovery*-Verfahren gewonnenen Beweise angesehen.⁵⁰

2006 89, 91 ff.; aus der umfangreichen US-amerikanischen Literatur s. z.B. PATEL, 18 Fla. J. Int'l L. 301, 302 ff. (2006); MOTENKO/SHUFFAIN, 19 Antitrust ABA 66, 66 ff. (2004).

⁴⁶ *In re Application of Digitechnic*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 33708 (W.D. Wash. 2007).

⁴⁷ *In re: Application of Michael Wilson & Partners, Ltd.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 54624 (Colo. 2007); *In re: Application of Imanagement Services Ltd.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 17025 (E.D. N.Y. 2005); *Euro-mepa, S.A. v. R. Esmerian, Inc.*, 51 F. 3d 1095, 1099 f. (2d Cir. 1995): Es ist aber nicht die Aufgabe des Gerichts, tiefeschürfende rechtsvergleichende Analysen zur Akzeptanz von 28 U.S.C. § 1782 im ausländischen Verfahren anzustellen, sondern er soll sich auf *authoritative proof* verlassen; vgl. auch *In re Application of Imanagement Services Ltd.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 8876 (N.J. 2006): «(...) This court declines to step down the slippery slope of speculation about Russian evidence law».

⁴⁸ *In re Application of Microsoft Corp.*, 428 F. Supp. 2d 188, 193 (S.D. N.Y. 2006) bzw. *In re Application of Microsoft Corp.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 32577 (Mass. 2006) bzw. *In re: Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1081 (N.D. Cal. 2007): Die EU-Kommission hat sich jedem der drei Verfahren ausdrücklich gegen die *Discovery* von EU-Dokumenten ausgesprochen; *Schmitz et al. v. Bernstein Liebhard & Lifshitz, LLP et al.*, 376 F. 3d 79, 84 (2d Cir. 2004): Das deutsche Bundesjustizministerium und die Bonner Staatsanwaltschaft haben sich explizit gegen die Gewährung des *Discovery*-Begehrens gewandt, vgl. dazu GÖTZ, SJZ 2006 269, 276.

⁴⁹ Vgl. stellvertretend für viele: *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Schottdorf*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 94161 (S.D. N.Y. 2006), dazu KRAAYVANGER, RIW 2007 496, 496 f.; *In re: Application of Imanagement Services Ltd.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 17025 (E.D. N.Y. 2005).

⁵⁰ *In re Application of Imanagement Services Ltd.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 8876 (N.J. 2006); *In re the Application of SERVICIO PAN AMERICANO DE PROTECCION, C.A.*, 354 F. Supp. 2d 269, 274 (S.D. N.Y. 2004).

3. Umgehung ausländischer Beweisvorschriften

Drittens soll das Gericht in Erwägung ziehen, ob die unter 28 U.S.C. § 1782 ersuchte Rechtshilfe ein Versuch darstellt, die Grenzen ausländischer Beweisvorschriften zu umgehen.⁵¹ Die Tatsache, dass die US-amerikanischen *Discovery*-Methoden liberaler sind als die ausländischen Vorschriften, spricht nicht gegen die Gewährung der *Discovery*.⁵²

4. Zumutbarkeit für beweisbelastete Person

Viertens hat das Gericht einzubeziehen, ob die ersuchte Massnahme für den Betroffenen übermässig beschwerlich, d.h. unzumutbar, ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn das *Discovery*-Gesuch ausschliesslich die Edition von Dokumenten verlangt, welche im ausländischen Verfahren aus irgendeinem Grund geschützt sind (z.B. durch das Anwaltsgeheimnis o.ä.).⁵³ Anstatt das Gesuch wegen Unzumutbarkeit gänzlich abzuweisen, kann das Gericht die Beweisabnahme unter bestimmten Auflagen gewähren (z.B. Entschädigung des Zeugen oder Ersatz für Kopierkosten; Geheimhaltung der Identität des Zeugen; Dokumente werden unter Ausschluss der gesuchstellenden Person direkt dem Gericht zur Verfügung gestellt; inhaltlich oder zeitlich beschränkter Zugang zu gewissen Informationen etc.).⁵⁴

III. Verwertung des *Discovery*-Beweises in der Schweiz

Nachdem im ersten Teil die Möglichkeiten und Grenzen der Rechtshilfe nach 28 U.S.C. § 1782 dargestellt wurden, geht es nachfolgend um die Frage, ob und gegebenenfalls wie die im *Discovery*-Verfahren gewonnenen Beweise in ein Schweizer Zivil- bzw. Schiedsverfahren eingebracht werden können. Dabei ist vorab klarzustellen, dass die Frage der Verwertbarkeit des *Discovery*-Beweises nur dann virulent wird, wenn die Rechtshilfe von einer Partei autonom, d.h. ohne vorgängige Mitwirkung des (Schieds-) Gerichts, beansprucht wird. Hat das (Schieds-) Gericht selbständig oder auf Antrag einer der (oder beider) Parteien das Verfahren in Gang gesetzt oder stimmt es dem Vorgehen des Gesuchstellers zu, besteht über die Verwertbarkeit der Beweise in der Schweiz kein Zweifel.

⁵¹ *In re Application of Digitechnic*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 33708 (W.D. Wash. 2007): Gesuchsteller Digitechnic hat es unterlassen, im französischen Verfahren, Anträge auf *Discovery* nach französischem Prozessrecht zu stellen. Dies hielt das Gericht als Indiz für die Umgehungsabsicht des Gesuchstellers.

⁵² *In re the Application of SERVICIO PAN AMERICANO DE PROTECCION, C.A.*, 354 F. Supp. 2d 269, 274 (S.D. N.Y. 2004).

⁵³ *In re Application of Microsoft Corp.*, 428 F. Supp. 2d 188, 195 (S.D. N.Y. 2006).

⁵⁴ *In re: Application of Elisabeth Kang v. Nova Vision, Inc. et al.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 46135 (S.D. Fla. 2007); s. auch MEYER, J.M., Commentary to 28 U.S.C. § 1782, National Institute for Trial Advocacy 2007.

A. Verfahren vor einem staatlichen Gericht

1. Allgemeines

Es fragt sich, wie die durch das *Discovery*-Verfahren erlangten Beweismittel (Zeugenaussagen bzw. Dokumente) in den Prozess eingebracht werden können. Sowohl die kantonalen Zivilprozessordnungen als auch Art. 165 Abs. 1 E ZPO-CH 2006 zählen die zulässigen Beweismittel abschliessend auf (geschlossenes Beweismittelsystem).⁵⁵ Daher müssen die aufgrund des *Discovery*-Verfahrens erlangten Beweise unter eine der gesetzlich anerkannten Kategorien subsumiert werden können. Wird ein Beweismittel durch das anwendbare Prozessrecht ausdrücklich oder konkludent ausgeschlossen, darf es nicht verwendet werden.⁵⁶

Keine Probleme stellen sich diesbezüglich für die im *Discovery*-Verfahren erlangten Urkunden. Diese können als Urkundenbeweis zugelassen werden. Für die *Deposition* einer Person ist jedoch zu prüfen, ob diese als Zeugnis oder, da ein wörtliches Zeugenbefragungsprotokoll vorliegt, als Urkunde in das Verfahren eingebracht werden kann.

2. *Deposition einer Person als Zeugenbeweis*

Zeugen werden grundsätzlich vom Gericht vorgeladen, haben persönlich zu erscheinen und werden vom Gericht befragt.⁵⁷ Die Einvernahme von Zeugen im Ausland erfolgt in der Regel auf dem Rechtshilfeweg (HBewÜbk, vgl. unten S. 940 f.).⁵⁸ Die durch eine Partei veranlasste US-amerikanische *Deposition* wird nicht vom (schweizerischen) Gericht angeordnet; das Gericht hat auch keinen Einfluss über deren Inhalt. Die *Deposition* kann daher formell nicht als Zeugnis betrachtet und als solches in den Prozess eingebracht werden.

Gewisse Prozessordnungen (z.B. ZPO-ZH 168) gestatten es dem Gericht, ausnahmsweise schriftliche Aussagen von Privatpersonen anstelle einer formellen Zeugeneinvernahme beizuziehen.⁵⁹ Es ist umstritten, ob die Einholung schriftlicher Zeugnisserklärungen durch die Parteien zulässig ist.⁶⁰ Jedenfalls dürfen nicht Fragen von zentraler Bedeutung aufgrund von Aussagen nach § 168 ZPO-ZH entschieden werden.⁶¹ Damit

⁵⁵ Vorbehältlich des vorliegend nicht interessierenden Freibeweises. S. VOGEL/SPÜHLER, 275; Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221, 7320.

⁵⁶ VOGEL/SPÜHLER, 275.

⁵⁷ Vgl. z.B. ZPO-ZH 152, 155, 162, 164 – 167.

⁵⁸ Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen v. 18.3.1970 (SR 0.274.132); dem Übereinkommen gehören per August 2007 44 Staaten an (vgl. <http://www.hcch.net>, besucht am 14.8.07); dazu VOLKEN, 93 ff.; WALTER, 341 ff.

⁵⁹ So auch Art. 187 Abs. 2 E ZPO-CH 2006: Schriftliche Auskunft von Privatpersonen ist zulässig, wenn eine Zeugenbefragung nicht erforderlich erscheint, dazu Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221, 7325 f.

⁶⁰ Vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 168, Rn. 2.

⁶¹ KassGer ZH, ZR 2003 65: In solchen Fällen muss die Einvernahme als Zeuge oder Sachverständiger unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht und die Strafdrohung von Art. 307 StGB erfolgen.

wird die *Deposition* in der Regel nicht als schriftliche Aussage einer Privatperson i.S.v. § 168 ZPO-ZH (oder ähnlicher Bestimmungen) verwendet werden können.

3. *Deposition als Urkundenbeweis*

Fraglich ist, ob die *Deposition* (bzw. das wörtliche Protokoll) als Urkundenbeweis angesehen werden kann. Als Urkunden gelten alle Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (so z.B. E ZPO-CH 2006 174).⁶² Die Beweiseignung ist abstrakt zu beurteilen. Dies führt zu einem weiten Urkundenbegriff, da grundsätzlich jedes Dokument etwas festhält oder beschreibt. Nicht vorausgesetzt ist, dass das Dokument zum Beweis bestimmt ist.⁶³

Das die Aussagen der Zeugen während der *Deposition* festhaltende Protokoll ist als Zeugnisurkunde zu qualifizieren, welcher die Beweistauglichkeit nicht zum vornherein fehlt.⁶⁴ Diese spezielle Form der Zeugnisurkunde enthält Aussagen, die in einem von einem (ausländischen) Gericht veranlassten Verfahren ergangen sind und von einem staatlich zugelassenen und autorisierten Protokollführer wörtlich aufgenommen wurden. Das formelle, gesetzlich geregelte Verfahren der *Pre-Trial Discovery* kann mit den Akten aus einem in derselben Angelegenheit geführten Strafverfahren bzw. mit beigezogenen, gerichtlichen Vorakten verglichen werden, welche beweisen, dass die darin enthaltenen Aussagen entsprechend getätigt wurden.⁶⁵ Damit kann die *Deposition* eines Zeugen als beweistauglicher Urkundenbeweis qualifiziert werden (zur Beweiswürdigung vgl. sogleich).⁶⁶

4. *Freie Würdigung des Beweises*

Letztlich hat das Gericht im Rahmen seiner Beweisverfügung über die Zulässigkeit der von den Parteien offerierten Beweismittel zu entscheiden. Es gilt das Prinzip der Beweiswürdigung nach freiem Ermessen (vgl. z.B. ZPO-ZH 148; E ZPO-CH 2006 154). Dieser Grundsatz ist nicht nur auf die Freiheit des Gerichts bei der Würdigung der Beweisergebnisse beschränkt; er spielt auch eine Rolle beim Wegfall von Zulassungsschranken für Beweismittel. Dies impliziert auch die Zulässigkeit vereinfachter

⁶² Gemäss der Definition von VOGEL/SPÜHLER, 277, gehört die Beweiseignung der Urkunde nicht zu deren Begriffsmerkmalen.

⁶³ So auch Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221, 7322.

⁶⁴ A.A. VOGEL/SPÜHLER, 277: «Da Personen als Zeugen vernommen (...) werden müssen, stellen Zeugnisurkunden im Allgemeinen keine tauglichen Beweismittel dar»; differenzierend und einschränkend GULDENER, 195 (zustimmend VOLKEN, 73), wonach ausländische Zeugnisurkunden nur zu anerkennen seien, wenn sie im Ursprungsstaat öffentlichen Glauben geniessen, auf eigenen Feststellungen der ausstellenden Behörden beruhen, gehörig beglaubigt sind und nicht in die Kompetenz einer schweizerischen Behörde fallen.

⁶⁵ Vgl. z.B. § 154 Abs. 1 GVG-ZH, dazu HAUSER/SCHWERT, § 154, Rn. 1 ff.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 140, Rn. 13: Der Aktenbeizug dient der Wahrheitsfindung und der Prozessökonomie.

⁶⁶ So auch für das deutsche Recht ESCHENFELDER, RIW 2006 443, 448.

Beweisformen.⁶⁷ Die freie Beweiswürdigung setzt jedoch voraus, dass die vorgelegten Beweismittel in einem rechtmässigen Beweisverfahren gewonnen wurden.⁶⁸ Im internationalen Verhältnis kann die Rechtmässigkeit des Beweisverfahrens gemäss den allgemeinen Rechtshilfegrundsätzen bejaht werden, wenn die gesetzlichen Vorschriften entweder des ersuchenden oder des Rechtshilfe gewährenden Staates erfüllt sind.⁶⁹

Die Rechtmässigkeit ist bei dem nach den F.R.C.P. durchgeführten *Pre-trial Discovery*-Verfahren zu bejahen, auch wenn nicht verschwiegen werden soll, dass die *Deposition* des Zeugen durch die in diesen Belangen geschulten US-amerikanischen Anwälte eine (inhaltliche und zeitliche) Intensität erreicht, die der Zeugenbefragung durch ein Schweizer Gericht fremd ist. Dies ist aber noch kein Grund, der *Deposition* im Rahmen der Beweiswürdigung den Beweiswert abzusprechen, denn die F.R.C.P. gewährleisten die Unparteilichkeit der Befragung und den Schutz der befragten Person. Zudem können die Parteien im Schweizer Beweisverfahren zum Beweisergebnis Stellung nehmen und alle Einwendungen erheben, insb. auch solche, die ihnen gemäss Rule 32(d) F.R.C.P. nicht mehr zustehen würden.

Das Gericht muss bei der Beweiswürdigung der Tatsache Rechnung tragen, dass es die Glaubwürdigkeit des Zeugen aufgrund der Urkunde nicht bzw. nicht in gleichem Ausmass wie bei der unmittelbaren Zeugeneinvernahme beurteilen kann. Diese führt u.U. zu einem eingeschränkten Beweiswert der *Deposition*.⁷⁰ Allerdings gilt der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Zeugenaussage nicht unbeschränkt. So kann das Gericht z.B. gemäss Art. 155 Abs. 1 E ZPO-CH die Beweisabnahme an eines oder mehrere seiner Mitglieder delegieren, so dass nicht alle Mitglieder des Spruchkörpers den Zeugen aus eigener Wahrnehmung kennen. Zudem sind die Besonderheiten des internationalen Verhältnisses zu beachten: Auch bei der Rechtshilfe nach HBewÜbk hat das Schweizer Gericht sich auf die Wahrnehmung des ausländischen Gerichts zu verlassen.

Selbst wenn die Verwertbarkeit der *Discovery*-Beweise in Form des Urkundenbeweises verworfen wird, kann alternativ argumentiert werden, dass das Beweisergebnis vom Gericht in analoger Anwendung von Art. 25 IPRG im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigt werden muss. Zwar liegt kein Urteil i.S.v. Art. 25 IPRG vor; trotzdem wurde Beweis erhoben, d.h. es ist nicht Nichts vorhanden. Dieser Umstand sollte in die Beweiswürdigung des Gerichts einfließen.

B. Verfahren vor einem internationalen Schiedsgericht

1. Anwendbare Verfahrensvorschriften

Die auf Verfahren vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz anwendbaren Art. 176 ff. IPRG enthalten lediglich einige wenige Vorschriften zum Beweisverfahren. Die Parteien können das Verfahren selber oder durch Verweis auf eine

⁶⁷ VOGEL/SPÜHLER, 266.

⁶⁸ FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 148, Rn. 2.

⁶⁹ Z.B. Art. 9 HBewÜbk, dazu WALTER, 342 f.

⁷⁰ ESCHENFELDER, RIW 2006 443, 448.

schiedsgerichtliche Verfahrensordnung regeln; sie können es auch einem Verfahrensrecht ihrer Wahl unterstellen (IPRG 182 I). Subsidiär wird das Beweisverfahren durch das Schiedsgericht geregelt (IPRG 182 II). Auf jeden Fall muss das Schiedsgericht den Anspruch auf rechtliches Gehör in einem kontradiktorischen Verfahren gewährleisten (IPRG 182 III), wozu auch das Recht auf Beweis gehört.⁷¹

Verschiedene in der Praxis verbreitete Schiedsordnungen enthalten nur knappe, unvollständige Beweisregelungen, die sich insbesondere zu der vorliegend interessierenden Frage nicht äussern.⁷² Dies mag damit zusammenhängen, dass die *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* (1999) (IBA-Rules) sich in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit als Standard zur Beweisabnahme etabliert haben. Diese Regeln finden einerseits Anwendung, wenn sie von den Parteien gewählt wurden, andererseits aber auch als subsidiäre Regelung des Beweisverfahrens i.S.v. Art. 182 Abs. 2 IPRG. Bemerkenswert ist ferner, dass die meisten Schiedsordnungen die Möglichkeit einer *Pre-hearing Discovery* zulassen.⁷³

2. Beweisabnahme durch das Schiedsgericht

Gemäss Art. 184 Abs. 1 IPRG hat das Schiedsgericht die Beweise selber abzunehmen, d.h. es darf die Beweisabnahme nicht an die Parteien oder Dritte delegieren.⁷⁴ Es fragt sich, ob diese Vorschrift der Beweiserhebung über 28 U.S.C. § 1782 entgegensteht, da diesfalls der Zeuge nicht vom Schiedsgericht, sondern (in der Regel) vom Anwalt einer der Parteien einvernommen wird.

Das Schiedsgericht verfügt anders als das staatliche Gericht über keine öffentliche Gewalt, weshalb unkooperative Zeugen nicht zum Erscheinen gezwungen werden können.⁷⁵ Es muss dazu den staatlichen Richter am Sitz des Schiedsgerichts um Hilfe ersuchen (IPRG 184 II).⁷⁶ Befindet sich der Zeuge oder das nachgesuchte Dokument nicht im Zuständigkeitsbereich des angerufenen kantonalen Gerichts, hat dieses ein Rechtshilfeverfahren einzuleiten.⁷⁷ Das Schiedsgericht kann nicht direkt auf die Rechtshilfe nach HBewÜbk zurückgreifen.

⁷¹ Dazu MÜLLER, 99, m.w.Nw.

⁷² Art. 20 f. ICC-Rules; Art. 24 f., 27 UNCITRAL Model Law-Rules; Art. 24 f., 27 Swiss-Rules; Art. 19–21 LCIA-Rules; § 27 f. DIS-SchiedsO; Art. 21–23 SIAC-Rules; vgl. dazu im Überblick O'MALLEY/CONWAY, 18 Transnat'l Law. 371, 373 ff. (2005); zum Beweisrecht in internationalen Schiedsverfahren im Allgemeinen REDFERN/HUNTER, § 6–68 ff.

⁷³ BERNINI, in: The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2004, 269, 300 ff.

⁷⁴ BERGER/KELLERHALS, Rz. 1197.

⁷⁵ Vgl. O'MALLEY/CONWAY, 18 Transnat'l Law. 371, 375 ff. (2005); REDFERN/HUNTER, § 6–73; als «Dritte» gelten unter Umständen auch Tochtergesellschaften einer Partei, vgl. *Lourho v. Shell Petroleum*, [1980] 1 W.L.R. 627 (HL).

⁷⁶ WIRTH/HOFFMANN-NOWOTNY, SchiedsVZ, 66, 71; im Ergebnis so z.B. auch der US-amerikanische Federal Arbitration Act (9 U.S.C. § 7); a.A. LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 184 Rn. 6 (Schiedsgericht kann sich direkt ans Bundesamt für Justiz zur Weiterleitung des Rechtshilfesuchs wenden).

⁷⁷ BERGER/KELLERHALS, Rz. 1213, 1251; VOLKEN, in: ZK IPRG, Art. 184 Rn. 22 f.; SCHNEIDER, in: BSK IPRG, Art. 184 Rn. 63; zu Recht weisen WIRTH/HOFFMANN-NOWOTNY, SchiedsVZ, 66, 70, darauf hin, dass es um die Unterstützung eines ersuchenden staatlichen Gerichts bei einer rechtshilfeweisen Zeugen-einvernahme zur Unterstützung eines Schiedsverfahrens geht.

Somit steht die (zwingende) Verpflichtung des Schiedsgerichts, die Beweise selber abzunehmen, einer rechtshilfeweisen Beibringung von Beweismitteln nicht im Grundsatz entgegen.⁷⁸ Daher muss es auch zulässig sein, dass das Schiedsgericht nicht den «indirekten» Weg über das kantonale Gericht, sondern die Möglichkeit der «direkten» Rechtshilfe nach 28 U.S.C. § 1782 nutzt. Dies ergibt sich auch aus Art. 3 (8) IBA-Rules (Dokumente im Besitz eines Dritten) bzw. Art. 4 (10) IBA-Rules (Zeuge, der nicht freiwillig Zeugnis ablegen will), welche das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei ermächtigen, alle rechtlich verfügbaren Schritte zu unternehmen, um die Edition der Dokumente durch den Dritten bzw. das Zeugnis des widerspenstigen Zeugen zu veranlassen.⁷⁹

3. Durch eine Partei veranlasste Discovery nach 28 U.S.C. § 1782

Art. 3 (8) bzw. Art. 4 (10) IBA-Rules schliessen m.E. nicht aus, dass eine Partei einen Antrag gemäss 28 U.S.C. § 1782 auf *Deposition* bzw. Urkundenedition stellt und die Beweismittel dann als eine Art *Witness Statement* ins Schiedsverfahren einbringt.⁸⁰ Im Unterschied zur Art. 184 Abs. 2 IPRG kann der Antrag auch ohne Mitwirkung des Schiedsgerichts erfolgen.⁸¹

Vorsicht ist bei Beweisen geboten, die ohne die notwendige Spezifikation im Beweisantrag erlangt wurden (*fishing-expedition*). Gemäss Art. 3 (8) IBA-Rules hat eine Partei die nachgesuchten Dokumente im Antrag «in sufficient detail» zu identifizieren und darzulegen, warum diese für das Ergebnis des Verfahrens relevant sind. Entspricht das unter 28 U.S.C. § 1782 eingereichte Gesuch diesem Standard nicht, ist das entsprechende Beweismittel vom Schiedsgericht gemäss Art. 9 (1) bzw. (2)(g) IBA-Rules vom Verfahren auszuschliessen.⁸² Vorbehältlich dessen ist der über 28 U.S.C. § 1782

⁷⁸ Kritisch demgegenüber FELLAS, Arb. Int'l 23 (2007), 379, 401 ff., der – vorbehältlich einer Regelung durch die Parteien – dem Schiedsgericht die Kontrolle über das Beweisverfahren (und damit über die Möglichkeit der Discovery) geben will;

⁷⁹ Art. 3 (8) IBA-Rules: «If a Party wishes to obtain the production of documents from a person or organization who is not a Party to the arbitration and from whom the Party cannot obtain the documents on its own, the Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, ask it to take whatever steps are legally available to obtain the requested documents. The Party shall identify the documents in sufficient detail and state why such documents are relevant and material to the outcome of the case. The Arbitral Tribunal shall decide on this request and shall take the necessary steps if in its discretion it determines that the documents would be relevant and material»; ebenso Art. 4 (10) IBA-Rules: «If a Party wishes to present evidence from a person who will not appear voluntarily at its request, the Party may, within the time ordered by the Arbitral Tribunal, ask it to take whatever steps are legally available to obtain the testimony of that person. The Party shall identify the intended witness, shall describe the subjects on which the witness's testimony is sought and shall state why such subjects are relevant and material to the outcome of the case. The Arbitral Tribunal shall decide on this request and shall take the necessary steps if in its discretion it determines that the testimony of that witness would be relevant and material».

⁸⁰ Zum praktischen Vorgehen s. FELLAS, Arb. Int'l 23 (2007), 379, 387 ff.

⁸¹ FELLAS, Arb. Int'l 23 (2007), 379, 385; zu Art. 184 vgl. LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 184 Rn. 9.

⁸² Art. 9 (1) IBA-Rules: «The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence»; Art. 9 (2)(g) IBA-Rules: «The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any document (...), statement, oral testimony or inspection for (...) considerations of fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal deter-

erlangte, relevante, frist- und formgerecht eingebrachte,⁸³ Beweis im Schiedsverfahren zuzulassen.

C. Mögliche Hindernisse der Verwertbarkeit der Beweise

Es ist zu prüfen, ob das Haager Beweisübereinkommen, ein allfälliges Verbot vorprozessualer Kontaktnahme mit Zeugen oder der schweizerische *Ordre public* der Verwertbarkeit der im *Discovery*-Verfahren gewonnenen Beweise entgegensteht.

1. Exklusive Geltung des Haager Beweisübereinkommens

Beweise, die sich ausserhalb des örtlichen Zuständigkeitsbereichs des Schweizer Gerichts befinden, können nur rechtshilfeweise beschafft werden.⁸⁴ Sowohl die Schweiz als auch die USA sind Vertragsstaaten des HBewÜbk, welches für die Beweisabnahme zwei Varianten zur Verfügung stellt. Entweder nimmt das zuständige US-amerikanische Gericht den Beweis auf Ersuchen des Schweizer Gerichts ab (HBewÜbk 2 ff., 10) oder die Beweisaufnahme erfolgt durch diplomatische oder konsularische Vertreter, resp. durch speziell zur Zeugeneinvernahme beauftragte Personen.⁸⁵

Es fragt sich, ob das HBewÜbk im bilateralen Verhältnis Schweiz-USA exklusive Geltung beansprucht. Dies hätte zur Folge, dass Parteien eines schweizerischen Gerichtsverfahrens von der Rechtshilfe nach 28 U.S.C. § 1782 ausgeschlossen sind. Die meisten US-amerikanischen Staats- und Bundesgerichte gewähren parallel zum HBewÜbk die Rechtshilfe gemäss den Bestimmungen ihres Rechts (insb. *Discovery* nach den anwendbaren einzelstaatlichen Regeln bzw. den F.R.C.P.).⁸⁶ Die Schweiz hat demgegenüber eine Erklärung zu Art. 1 HBewÜbk abgegeben, in der sie zum Ausdruck bringt, dass sie das Abkommen als unter den Vertragsstaaten ausschliesslich, resp. zumindest

mines to be compelling»; zur hinreichenden Bestimmtheit eines *Discovery*-Gesuchs s. BROWER/SARPE, in: The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2004, 307, 316 ff.

⁸³ BGE 106 II 170, 171.

⁸⁴ Für das von Schiedsgerichten zu beachtende Vorgehen vgl. oben S. 938 f.

⁸⁵ VOGEL/SPÜHLER, 272 f.

⁸⁶ Grundlegend *Société Nationale Industrielle Aerospatiale et al. v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 533 ff., 107 S. Ct. 2542, 96 L. Ed. 2d 461, 1987 U.S. LEXIS 2615 (1987), vgl. dazu VOLKEN, 99 ff.; TRITTMANN/LEITZEN, IPRax 2003 7, 8 f.; *Promotional Containers, Inc. v. Aztec Concrete Accessories Inc.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 16322 (E. D. KY 2006); Die Praxis der State Courts ist uneinheitlich: vgl. *Husa v. Laboratoires Servier SA*, 326 N.J. Super. 150, 156, 740 A.2d 1092 (Sup. Ct. NJ, App. Div. 1999): «We are persuaded that the Convention should be utilized unless it is demonstrated that its use will substantially impair the search for truth, which is at the heart of all litigation, or will cause unduly prejudicial delay»; kein Vorrang des HBewÜbk dagegen in: *American Home Insurance Co. v. Société Commercial Toutelectric*, 104 Cal. App. 4th 406; 128 Cal. Rptr. 2d 430 (C.A. 2002); *Bank of Tokyo-Mitsubishi, Ltd., New York Branch v. Kvaerner a.s. et al.*, 175 Misc. 2d 408; 671 N.Y.S.2d 902 (Sup. Ct. 1998).

vorrangig, anwendbar betrachtet.⁸⁷ Soweit ersichtlich gibt es zur Auslegung dieser Erklärung kein Präjudiz; die Haltung anderer Vertragsstaaten ist uneinheitlich.⁸⁸

Vorliegend geht es nur um die Frage, ob die Parteien eines (bevorstehenden) Gerichtsverfahrens sich trotz Geltung des HBewÜbk alternativer Beweisaufnahmefethoden bedienen können. Ein Ziel des HBewÜbk ist es, die Beweisbeschaffung im Ausland zu erleichtern. Dies zeigt sich u.a. auch darin, dass ein Vertragsstaat nach seinem innerstaatlichen Recht andere als im HBewÜbk vorgesehene Verfahren der Beweisaufnahme zulassen darf (HBewÜbk 27 (c)).⁸⁹ Wenn aber das HBewÜbk selbst Alternativen zu den im Übereinkommen vorgesehenen Verfahren zulässt, ist nicht einsichtig, weshalb es den Parteien verwehrt sein sollte, über 28 U.S.C. § 1782 das *Discovery*-Verfahren in Anspruch zu nehmen. Das HBewÜbk richtet sich ausschliesslich an Gerichtsbehörden, weshalb es keine Umgehung des Übereinkommens darstellt, wenn Parteien 28 U.S.C. § 1782 nutzen.

Somit steht das HBewÜbk der Verwertbarkeit von Beweisen, die im Verfahren von 28 U.S.C. § 1782 erlangt wurden, nicht entgegen.

2. Verbot vorprozessualer Kontaktnahme mit Zeugen

a) Allgemeines

Das vorprozessuale Verhalten des Anwalts gegenüber (potentiellen) Zeugen ist gesetzlich nicht geregelt.⁹⁰ Weder Art. 12 BGFA noch Art. 7 der «Richtlinien des SAV für die Berufs- und Standesregeln» vom 1.10.2002 stehen einer vorprozessualen Kontaktnahme im Grundsatz entgegen; verboten ist lediglich die Beeinflussung des Zeugen.⁹¹ Ein höchstrichterliches Präjudiz existiert nicht; es gibt allerdings eine relativ umfangreiche kantonale Rechtsprechung.

Die Kontaktaufnahme mit einem potentiellen Zeugen ist nicht generell verboten.⁹² Allerdings dürfen solche Kontakte nur ausnahmsweise erfolgen, da sie immer das Risiko

⁸⁷ Vorbehalte und Erklärungen der Schweiz: Zu Art. 1: «Bezug nehmend auf Artikel 1 erachtet die Schweiz das Übereinkommen unter den Vertragsstaaten als ausschliesslich anwendbar. Überdies ist sie Bezug nehmend auf die Schlussfolgerungen der Haager Sonderkommission vom April 1989 der Ansicht, dass, ungeachtet der Auffassung der Vertragsstaaten über den ausschliesslichen Charakter des Übereinkommens, bei Ersuchen um Beweisaufnahme im Ausland den vom Übereinkommen vorgesehenen Verfahren der Vorzug zu geben ist».

⁸⁸ Exklusive Geltung des HBewÜbk: Deutschland, Spanien; freiwillige Anwendung: wohl Frankreich (vgl. CA de Versailles v. 9.4.1993, publ. auf <http://www.hcch.net>; Hong Kong; vgl. zum Ganzen Antworten der Vertragsstaaten auf einen Fragebogen des Permanenten Büros der Haager Konferenz: <http://www.hcch.net>).

⁸⁹ VOLKEN, 137 f.

⁹⁰ Zum Ganzen NATER, SJZ 2006 256, 256 ff.

⁹¹ Art. 7 SAV-Richtlinien (Titel: Kontakt mit Zeugen) lautet: «Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte unterlassen jede Beeinflussung von Zeugen und Sachverständigen. Vorbehalten bleiben besondere Regeln betreffend Schiedsverfahren sowie Verfahren vor supranationalen Gerichten.»; NATER, SJZ 2006 256, 257.

⁹² Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, ZR 1982 102, 103 und ZR 1996 131.

der Beeinflussung in sich bergen.⁹³ Folglich ist darauf zu achten, dass eine Beeinflussung resp. der Anschein der Beeinflussung vermieden wird.⁹⁴ Massgebend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls.⁹⁵ Sachlich geboten sein kann eine Kontaktaufnahme zur Beurteilungen der Prozesschancen, wenn abzuklären ist, ob ein Zeuge zu bestimmten Tatsachen Aussagen machen kann⁹⁶ oder um zu entscheiden, ob bestimmte prozessuale Vorkehren zu erfolgen haben.⁹⁷ Es ist nicht verboten, dass ein Zeuge seine Aussage selbst niederschreibt und unterzeichnet.⁹⁸

b) Zeugeneinvernahme im Pre-Trial Discovery-Verfahren

Im Lichte der Grundsätze ist zu prüfen, ob durch die *Deposition* im *Pre-trial Discovery*-Verfahrens das Verbot der Zeugenbeeinflussung verletzt wird. Die *Discovery* erscheint im Hinblick auf die Gefahr der Zeugenbeeinflussung und der Vereitelung der Wahrheitsfindung weitgehend unbedenklich: Das Verfahren ist gesetzlich geregelt, ein Gericht muss die *Discovery* bewilligen und die Gegenpartei hat die Möglichkeit, entweder selbst anwesend zu sein oder sich vertreten zu lassen (vgl. nachfolgend S. 943).⁹⁹ Somit liegt keine unzulässige vorprozessuale Kontaktnahme mit einem Zeugen vor, wenn dieser im Rahmen einer *Deposition* eine Aussage macht. Es besteht ferner kein Anlass, der *Deposition* alleine aufgrund der vorprozessualen Festlegung des Zeugen einen herabgesetzten Beweiswert beizumessen.¹⁰⁰

3. Verstoß gegen den *Ordre public*

Eine im Ausland ergangene Entscheidung wird in der Schweiz u.a. dann nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen (materiell-rechtlichen) *Ordre public* offensichtlich unvereinbar wäre (IPRG 27 I). Ausserdem wird eine Entscheidung nicht anerkannt, wenn wesentliche Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts verletzt wurden (IPRG 27 II b). Zwar geht es bei der Frage der Verwertbarkeit der im Ausland erlangten Beweismittel nicht um die Anerkennung einer Entscheidung. In der Sache sind aber vergleichbare Interessen betroffen, weshalb eine analoge Anwendung

⁹³ Anwaltskammer SG, SGGVP 1994 150, 151.

⁹⁴ Anwaltskammer, SG, SGGVP 1994 150, 151; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, ZR 1982 102, 103; ObGer TG, RBOG 1995 205, 206 f.

⁹⁵ Anwaltskammer SG, SGGVP 1994 150, 151; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, ZR 1982 102, 103; Aufsichtskommission Advokaten BS, BJM 1991 163.

⁹⁶ Anwaltskammer SG, SGGVP 1994 150, 151; NATER, SJZ 2006 256, 258.

⁹⁷ Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, ZR 1982 102, 103; ZR 1955 364, ZR 1963 12 (Prozesseinleitung); ZR 1963 12 (Aufstellung einer Behauptung); ZR 1949 272 (Stellung eines Beweisantrages; Vornahme einer bedeutenden Prozesshandlung); KassGer ZH, ZR 1983 172 (Einlegung oder Rückzug eines Rechtsmittels).

⁹⁸ Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, ZR 1982 102, 103.

⁹⁹ Gemäss DAMASKA, 45 Am. J. Comp. L. 839, 847, gilt es zu beachten, dass «a lawyer-orchestrated system of proof-taking cannot be effective without allowing counsel to contact and interview potential witnesses».

¹⁰⁰ Aufsichtskommission Advokaten BS, BJM 1991 163; ähnlich ObGer TG, RBOG 1995 205, 206; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, ZR 1996 131, 132.

von Art. 27 IPRG sich rechtfertigt. Daraus folgt, dass die Minimalanforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) bzw. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK (Recht auf Beweis, vgl. auch E ZPO-CH 2006 150 I) erfüllt sein müssen.¹⁰¹

Dies bedeutet zum einen, dass der Gesuchsteller seinen Prozessgegner rechtzeitig über die *Deposition* zu informieren hat. Dieser muss die Möglichkeit haben, der *Deposition* beizuwohnen und dem Zeugen Fragen zu stellen bzw. Einspruch gegen seiner Ansicht nach unzulässige Fragen des Gesuchstellers zu erheben. Die *Deposition* muss entweder von einer unabhängigen, qualifizierten Person wörtlich protokolliert werden, oder es muss auf sonstige Weise (z.B. Videoaufnahme) gewährleistet werden, dass die Aussagen authentisch sind. Der Zeuge muss allfällige Korrekturen im Protokoll anbringen können und letzteres muss von ihm und dem Protokollführer unterschrieben werden. Diese Anforderungen werden durch die die *Deposition* regulierenden F.R.C.P. erfüllt.¹⁰²

Zum anderen ergibt sich aus der Schranke des *Ordre public*, dass bei der Beweiswürdigung im Einzelfall geprüft werden muss, ob die Beschaffung des Zeugen- oder Urkundenbeweises im *Pre-trial Discovery*-Verfahren gegen das Ausforschungsverbot verstösst.¹⁰³ Es ist darauf zu achten, dass die entsprechenden Anträge keine *fishing-expeditions* darstellen.¹⁰⁴ Das Gesuch muss daher hinreichend konkretisiert werden. Dabei kann auf Art. 23 HBewÜbk zurückgegriffen werden, wonach bei einem *Pre-Trial Discovery*-Gesuch eine direkte und notwendige Beziehung mit dem zugrunde liegenden Verfahren bestehen muss und von einer Person nicht verlangt werden darf, sie solle angeben, welche den Rechtsstreit betreffenden Urkunden sich in ihrem Gewahrsam befinden. Es darf auch nicht gefordert werden, dass die Person auch andere als die im Begehren spezifizierten Urkunden vorlegen soll, die sich vermutlich in ihrem Gewahrsam befinden. Schliesslich müssen schutzwürdige Interessen der Betroffenen gewahrt bleiben.

Vorbehältlich des Ausforschungsverbots verletzt die *Pre-Trial Discovery* damit weder den materiell- noch den verfahrensrechtlichen *Ordre public*. Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die *Discovery*-Regeln in den letzten fünf bis zehn Jahren gestrafft worden sind und die Rolle des Richters gestärkt wurde. Die Gefahr unzulässiger *fishing-expeditions* wurde wenn nicht gänzlich gebannt, so doch zumindest eingeschränkt.¹⁰⁵

¹⁰¹ Vgl. NIGG, 178 ff.; zum Recht auf Beweis im Allgemeinen s. KOFMEL, 15 ff.

¹⁰² Vgl. im Einzelnen Rule 30 F.R.C.P.

¹⁰³ Es ist daran zu erinnern, dass die Schweiz sich bei ausländischen Rechtshilfesuchen nicht kategorisch gegen die *Pre-trial Discovery* als solche stemmt. Der Vorbehalt zu Art. 23 HBewÜbk (Rechtshilfeersuchen, die ein «pre-trial *Discovery of documents*»-Verfahren zum Gegenstand haben) ist beschränkt.

¹⁰⁴ BGE 132 III 291, 295 ff.; i.E. so auch VOLKEN, 136 f. («sollte man sich bei aller Wachsamkeit davor hüten, das *Pre-Trial-Discovery*-Verfahren pauschal als ein bloss versuchsweise inszeniertes Beweissuch- und Ausforschungsverfahren zu verketzern»).

¹⁰⁵ Vgl. TRITTMANN/LEITZEN, IPRax 2003 7, 10 f.

IV. Zusammenfassung

Ist ein Prozess in der Schweiz hängig oder steht er kurz bevor, eröffnet 28 U.S.C. § 1782 den Parteien die Möglichkeit, in den USA durch ein Bundesgericht eine Zeugeneinvernahme oder die Edition von Dokumenten durch Dritte zu erwirken. Die verpflichtete Person muss sich im Zuständigkeitsbereich des *District Court* aufhalten, die *Discovery* muss für ein ausländisches Verfahren verwendet werden und der Antrag muss entweder vom *Tribunal* oder von einer *interested person* gestellt werden. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, liegt es im Ermessen des Gerichts, dem Antrag stattzugeben. Dieses hat bei seiner Entscheidung einzubeziehen, ob die beweisbelastete Person ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs des ausländischen Gerichts ist, ob das *Discovery*-Ergebnis im ausländischen Verfahren verwertbar ist, ob ausländische Beweisvorschriften umgangen werden und ob die *Discovery* für die beweisbelastete Person zumutbar ist.

Das im *Discovery*-Verfahren gewonnene Beweismittel ist im Beweisverfahren eines staatlichen Gerichts als Zeugnisurkunde verwertbar. Auch internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz bzw. die am Schiedsverfahren Beteiligten können das *Discovery*-Verfahren nach 28 U.S.C. § 1782 in Anspruch nehmen. Die dadurch erlangten relevanten und frist- und formgerecht eingebrachten Beweismittel sind im Schiedsverfahren zuzulassen.

Das HBewÜbk steht der Nutzung von 28 U.S.C. § 1782 nicht entgegen. Die Zeugenbefragung ist keine unzulässige vorprozessuale Kontaktnahme mit einem Zeugen. Ferner verstösst es vorbehaltlich des verpönten Ausforschungsbeweises auch nicht gegen den materiell- oder prozessrechtlichen *Ordre public*, die nach 28 U.S.C. § 1782 gewonnenen Beweise in der Schweiz zu verwerten.¹⁰⁶ Die grundsätzliche Anerkennung der Gleichwertigkeit und Verwertbarkeit der Beweismittel, die im *Discovery*-Verfahren gewonnen wurden, ist auch aufgrund des Postulats eines effizienten Rechtsschutzes zu bejahen.¹⁰⁷

¹⁰⁶ So auch für das deutsche Recht ESCHENFELDER, 155 ff.

¹⁰⁷ ESCHENFELDER, RIW 2006 443, 446.

Bibliographie

- BASLER KOMMENTAR INTERNATIONALES PRIVATRECHT, HONSELL H./VOGT N.P./SCHNYDER A.K./BERTI ST. (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2007 (zit.: BEARBEITER, in: BSK IPRG)
- BERGER B./KELLERHALS F., Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006
- BERNINI G., The Civil Law Approach to Discovery: A Comparative Overview of the Taking of Evidence in the Anglo-American and Continental Arbitration Systems, in: NEWMAN L.W./HILL R.D. (Hrsg.), The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, New York 2004, 269 ff.
- BROWER C.N./SHARPE J.K., Determining the Extent of Discovery and Dealing with Requests for Discovery: Perspectives from the Common Law, in: NEWMAN L.W./HILL R.D. (Hrsg.), The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, New York 2004, 307 ff.
- CHUKWUMERIJIE O., International Judicial Assistance: Revitalizing Section 1782, 37 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 649 ff. (2005)
- DAMASKA M., The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments, 45 Am. J. Comp. L. 839 ff.
- ESCHENFELDER D., Möglichkeiten deutscher Unternehmen, US-amerikanische Discovery auch vor deutschen Gerichten zu nutzen, IPRax 2006 89 ff.
- ESCHENFELDER D., Verwertbarkeit von Discovery-Ergebnissen in deutschen Zivilverfahren, RIW 2006 443 ff.
- ESCHENFELDER D., Beweiserhebung im Ausland und ihre Verwertung im inländischen Zivilprozess – Zur Bedeutung des US-amerikanischen Discovery-Verfahrens für das deutsche Erkenntnisverfahren, Frankfurt a.M. 2002
- FELLAS J., Using Section 1782 in International Arbitration, Arb. Int'l 23 (2007), 379 ff.
- FRANK R./STRÄULI H./MESSMER G., Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997–2000
- GESSLER D., Informationsbeschaffung mit den Mitteln des Zivilprozesses, SJZ 2004 433 ff.
- GÖTZ C., Amerikanische Discovery für Verfahren im Ausland, SJZ 2006 269 ff.
- GULDENER M., Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951
- HAUSER R./SCHWERI E., Kommentar zum Zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002
- HUANG K.-C., Introducing Discovery into Civil Law, Durham 2003
- JAECKEL F., Die Reichweite der lex fori im internationalen Zivilprozessrecht, Berlin 1995
- KNÖFEL O.L., Internationale Beweishilfe für Schiedsverfahren, RIW 11/2007, 832 ff.
- KOBERG A.-K., Zivilprozessuale Besonderheiten bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, St. Gallen 1992
- KOFMEL S., Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern 1992
- KRAAYVANGER J., Discovery im deutschen Zivilprozess – über den Umweg der US-amerikanischen Beweishilfe, RIW 2007 496 ff.
- LALIVE P./POUDRET J.F./REYMOND C., Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989
- LEIPOLD D.: Lex fori, Souveränität, Discovery, Grundfragen des Internationalen Zivilprozessrechts, Heidelberg 1989
- MEIER I., Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2005
- MÜLLER C., International Arbitration, A Guide to the Complete Swiss Case Law (Unreported and Reported), Zürich 2004

- MOTENKO N./SHUFFAIN R., *Intel v. Advanced Micro Devices: The Court's Permissive Approach to U.S. Discovery in Aid of Foreign Proceedings*, 19 Antitrust ABA 66 ff. (2004)
- NATER H., *Zur Zulässigkeit anwaltlicher Zeugenkontakte im Zivilprozess*, SJZ 2006 256 ff.
- NIGG G., *Das Beweisrecht bei internationalen Privatrechtsstreitigkeiten*, St. Gallen 1999
- O'MALLEY N.D./CONWAY S.C., *Document Discovery in International Arbitration--Getting the Documents You Need*, 18 Transnat'l Law. 371 ff. (2005)
- PATEL A.S., *International Judicial Assistance: An Analysis of Intel v. AMD and its Affect on § 1782 Discovery Assistance*, 18 Fla. J. Int'l L. 301 ff. (2006)
- REDFERN A./HUNTER M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London 2003
- RIECKERS O., *Europäisches Wettbewerbsverfahren und US-amerikanische Discovery*, RIW 2005 19 ff.
- RIXEN H., *Die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts im deutschen Zivilprozess*, Regensburg 1999
- ROHNER TH. /BARATZ M. J., *Beweis beschaffen wie in den USA*, NZZ v. 13.6.2007
- SCHWANDER I., *Internationale Bezüge im Erkenntnisverfahren*, in: SPÜHLER K. (Hrsg.), *Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht III*, Zürich 2003, S. 88 ff.
- TRITTMANN R./LEITZEN M., *Haager Beweisübereinkommen und pre-trial Discovery: Die zivilprozessuale Sachverhaltsermittlung unter Berücksichtigung der jeweiligen Zivilprozessrechtsreformen im Verhältnis zwischen den USA und Deutschland*, IPRax 2003 7 ff.
- VOGEL O./SPÜHLER K., *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 8. Aufl., Zürich 2006
- VOLKEN P., *Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen*, Zürich 1996
- WALTER G., *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 2002
- WIRTH M./HOFFMANN-NOWOTNY U., *Rechtshilfe deutscher Gerichte zugunsten ausländischer Schiedsgerichte bei der Beweisaufnahme – ein Erfahrungsbericht*, SchiedsVZ 2005, 66 ff.
- ZÜRCHER KOMMENTAR ZUM IPR, GIRSBERGER D./HEINI A. et al. (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2004 (zit.: BEARBEITER, in: ZK IPRG)