

Herausgegeben von
Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz
Prof. Dr. Alexander R. Markus
Prof. Dr. Rodrigo Rodriguez

Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken

Entwicklungen zur Aktenedition im nationalen wie im internationalen Verhältnis (discovery), vorprozessuale Beweisabnahme (vorsorgliche Beweisabnahme) und Beweisabnahmen im Rahmen von Instruktionsverhandlungen, Gerichtspraxis in Bezug auf Beweisverfügungen und besondere Konstellationen bei der Beweiswürdigung.

Beiträge von
Prof. Dr. Jürgen Brönnimann
Daniele Favalli
Prof. Dr. Dr. Christoph Leuenberger
Dr. Heinrich Andreas Müller
Prof. Dr. Denis Tappy



Stämpfli Verlag

u^b

b
UNIVERSITÄT
BERN

Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken

Herausgegeben von
Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz
Prof. Dr. Alexander R. Markus
Prof. Dr. Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag

Institut für Internationales Privatrecht und
Verfahrensrecht

Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken

Entwicklungen zur Aktenedition im nationalen wie im internationalen Verhältnis (discovery), vorprozessuale Beweisabnahme (vorsorgliche Beweisabnahme) und Beweisabnahmen im Rahmen von Instruktionsverhandlungen, Gerichtspraxis in Bezug auf Beweisverfügungen und besondere Konstellationen bei der Beweiswürdigung.

Beiträge von
Prof. Dr. Jürgen Brönnimann
Daniele Favalli
Prof. Dr. Dr. Christoph Leuenberger
Dr. Heinrich Andreas Müller
Prof. Dr. Denis Tappy



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-7043-7



Dokumentenedition im internationalen Verhältnis: e-Discovery und Rechtshilfe

DANIELE FAVALLI, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	14
1. Einleitung.....	14
2. Ziele des Vortrags.....	15
3. Bedeutung und Zusammenhang der Dokumentenedition im internationalen Kontext.....	16
3.1 Allgemeine Bemerkungen.....	16
3.2 Trend zu mehr Datenedition?.....	16
3.3 Internationale Amerikanisierung des Verfahrensrechts.....	17
3.4 Europäische Blocking Statutes.....	20
4. Die U.S.-amerikanische e-Discovery.....	20
4.1 Statistisches zu elektronischen Dokumenten und deren Versand.....	21
4.2 Grundzüge der U.S. e-Discovery.....	22
a) Die gesetzlichen Grundlagen.....	22
b) Weiterentwicklung und Praxis von e-Discovery in den USA.....	25
4.3 Umfang der U.S. e-Discovery.....	26
a) Allgemeine Bemerkungen.....	26
b) Inhalt einer e-Discovery.....	27
5. Schweizer Rechtshilfe und HBÜ im Spannungsfeld von e-Discovery.....	29
5.1 Haager Beweisübereinkommen: Grundzüge.....	29
5.2 Der Teilvorbehalt der Schweiz zum HBÜ.....	30
a) Die Bestimmungen in Ziff. 6 lit. a bis c des Teilrechtsvorbehalts der Schweiz zu Art. 23 HBÜ.....	30
b) Die Bestimmung in Ziff. 6 lit. d des Teilrechtsvorbehalts der Schweiz zu Art. 23 HBÜ.....	31
5.3 Probleme in der Anwendung einer e-Discovery in den USA und unter HBÜ.....	33
a) Relevante und bestimmte e-Discovery-Gesuche nach HBÜ.....	34
b) Ausländische (U.S.) Tochtergesellschaften einer Schweizer Unternehmung in einem U.S.-Verfahren.....	35
6. Fazit und provokative Thesen zur e-Discovery.....	36

Literaturverzeichnis

- BORN GARY, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3. Aufl., Den Haag 1996.
- FRANK RICHARD/MESSMER GEORG/STRÄULI HANS, *Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung*, Zürich 1997–2000.
- GEHRI MYRIAM/KRAMER MICHAEL (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar*, Zürich 2010 (zit. OF ZPO-BEARBEITER/IN).
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, Zürich/St. Gallen 2010.
- KILLIAS LAURENT/KRAMER MICHAEL/ROHNER THOMAS, *Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trialdiscovery» nach US-amerikanischem Recht?*, in: Lorandi Franco/Staehelin Daniel (Hrsg.) *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich/St. Gallen 2011, 933 ff.
- MARTINEZ-FRAGA PEDRO, *The Future of 28 U.S.C. § 1782: The Continued Advance of American-Style Discovery in International Commercial Arbitration*, *University of Miami Law Review*, Vol. 64:401 (2009), 89 ff.
- MEIER ANDREAS, *Die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens in der Schweiz*, Diss., Basel/Genf/München 1999.

1. Einleitung

Die mir von der Tagungsleitung gestellte Aufgabe war an sich unlösbar. Es ist aufgrund der schieren Komplexität von e-Discovery und der damit zusammenhängenden Fragen nicht möglich, alle Aspekte im Detail zu erarbeiten. Dies hat auch Vorteile, denn damit kann der Vorwurf nicht erhoben werden, das Thema sei nicht vollständig diskutiert und dargestellt worden. Im vorliegenden Beitrag wird versucht, die besonders wichtig erscheinenden Elemente zu streifen und zu erörtern.

Im Jahre 2003 sass ich während Wochen in Washington D.C. in den Räumen einer bekannten amerikanischen Kanzlei mit 10 Kollegen der Kanzlei in der ich damals arbeitete und etwa 10 Kollegen der Washingtoner Kanzlei.

Mindestens 40 weitere Anwälte, sog. «temp attorneys» (temp im Sinne von temporary also temporär), waren bereits seit Wochen daran, E-Mails, Briefe, Unterlagen, Faxschreiben und dergleichen zu sichten, mit einem Deckblatt zu versehen und darauf kurz zu bezeichnen, worum es sich beim entsprechenden Dokument handelte.

Es ging um die Prüfung von Dokumenten, welche von der Gegenseite im Rahmen eines Discovery-Verfahrens verlangt worden waren. Zu prüfen war, welche Dokumente nicht offenzulegen waren, da sie entweder Geschäftsgeheimnisse enthielten oder vertraulicher Natur waren und sie nach U.S.-

amerikanischem Prozessrecht deshalb nicht offenzulegen waren. Ferner war zu prüfen, ob es sich um sogenannte, im Sinne des U.S.-amerikanischen Prozessrechts «privilegierte» (privileged) Dokumente handelte, die aufgrund ihrer Natur nicht offenzulegen waren (z.B. Kommunikation mit Anwälten).

Mindestens 250 Bananenschachteln voll von Dokumenten waren zu sichten, in denen die Dokumente ausgedruckt von der Klientschaft bereitgestellt worden waren. Weitere Dokumente waren elektronisch auf zur Verfügung gestellten Laptops zu prüfen.

Obschon ich bereits vorher von Discovery und den damit verbundenen Risiken gehört hatte, dämmerte es mir, was für ein Aufwand bei einer Discovery entstehen würde und welche Kosten damit wohl verbunden sein würden. Schnell wurde deutlich, dass die Unterschiede zum Beweisrecht in der Schweiz oder Kontinentaleuropa nicht grösser sein könnten.

Worum ging es in diesem Verfahren? Es ging um den Vorwurf der Kläger, ein Anbieter von Internetdienstleistungen habe eine CD Rom abgegeben mit ca. 1000 Stunden gratis Internetzugang. Bei der Installation der CD wurde nach der Behauptung der Kläger jedoch der Computer so umprogrammiert, dass man nachher nicht einen anderen Internetanbieter verwenden konnte und die Beklagte bzw. deren Software zwingend beim Einstieg ins Internet zu verwenden war. Die Änderung der neuen, durch die beklagte CD modifizierten Voreinstellungen des Computers konnte nur durch ein kompliziertes Vorgehen bzw. Neueinstellung erreicht werden. Gefordert wurde Schadenersatz und Vertragsstrafen in exorbitanter Höhe.

2. Ziele des Vortrags

Im Folgenden wird die Dokumentenedition im internationalen Kontext beschrieben, insbesondere mit Bezug auf U.S.-amerikanische Verfahren.

Es soll zunächst die Frage beantwortet werden, was Discovery und e-Discovery bedeuten. Wo stehen im Vergleich dazu die Schweizer Rechtshilfe und das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen und die neue Schweizer ZPO?

Danach ist die Schweizer Rechtshilfe im Lichte der Discovery-Problematik zu beleuchten. Es soll versucht werden, zwei problematische Anwendungsfälle darzustellen. Schliesslich sollen nach der Darstellung eines Fazits eine Reihe von Thesen – vielleicht auch provokative – aufgeworfen werden zum Stand und zum Ausblick des hier abgehandelten Themas.

3. Bedeutung und Zusammenhang der Dokumentenedition im internationalen Kontext

3.1 Allgemeine Bemerkungen

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Problematik von Discovery im Allgemeinen, aber von e-Discovery im Besonderen, zwar schon seit längerem besprochen wird, aber seit ein paar Jahren zunehmend in den Fokus gerückt ist.

An einer an sich relativ «harmlosen» Forderung, es seien Dokumente, die existieren, die aber eine Partei nicht besitzt, herauszugeben, um damit Ansprüche zu beweisen oder erst gar zu erheben (oder noch provokativer wäre hier die Formulierung, man würde im Nachhinein Ansprüche konstruieren), verdeutlicht sich ein kultureller Graben zwischen dem angelsächsischen Rechtskreis und der kontinentaleuropäischen Tradition, wer etwas behauptet, solle gefälligst diese Behauptung beweisen.

Aus Kontinentaleuropa und anderen aus dem Code Napoleon stammenden Rechtsgebieten ist dann zu hören, eine sogenannte «fishing expedition» sei unter keinen Umständen zulässig. Privatsphäre, Datenschutz, Substantiierungs- und Beweislast sind dabei die Bollwerke die verhindern, dass Informationen – ohne Weiteres – preisgegeben seien. Prof. Druey hat dies wohl bereits in den 70er Jahren erkannt, indem er in seiner Habilitationsschrift 1977 zur Geheimsphäre der Unternehmung schrieb und immer wieder betonte, dass wir im Zeitalter der Information leben würden¹. Die Bedeutung für das Prozessrecht war damals daraus noch nicht abzuleiten.

Ganz im Gegenteil dazu, fordern insbesondere amerikanische «trial lawyers»², dass ohne eine Discovery, kein gerechtes Verfahren zu führen sei. Wo Rauch sei, entzünde sich eben Feuer und das Recht einer Partei auf Herausgabe möglichst aller im Zusammenhang stehenden Dokumente (ob relevant oder nicht spiele zunächst keine Rolle) sei fundamental. Discovery sei gerade das «bread and butter» eines Prozessanwalts.

3.2 Trend zu mehr Datenedition?

Das Thema von Discovery und insbesondere e-Discovery ist 2012 aktueller denn je. Zurzeit ist in den USA am New York State Supreme Court ein Verfahren hängig, in welchem Richterin Ellen Coin zu entscheiden hat, ob eine Reihe von Banken (darunter auch Schweizer Banken mit Vertretungen in

¹ <https://www.sic-online.ch/fileadmin/user_upload/Sic-Online/biblio_documents/292.pdf> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

² Darunter sind U.S.-amerikanische Prozessrechtsanwälte zu verstehen, die vor allem nationale Prozessverfahren führen, meist ohne irgendeinen Auslandsbezug und vor allem ohne jegliche Kenntnis des internationalen Privatrechts oder des ausländischen Rechts.

den USA) zu verpflichten seien, weltweit nach Informationen über Konten zu suchen und diese im U.S.-amerikanischen Verfahren offenzulegen.

Das renommierte Wall Street Journal berichtete darüber³. Dieser Artikel wurde auch in der Neuen Zürcher Zeitung aufgegriffen unter dem Titel «*Neues Ungemach für Banken*»⁴.

International wird dieser Fall mit Interesse verfolgt und es gibt darüber sogar einen Blog mit dem Titel «Why we should care about Ellen M. Coin»⁵. Ein Entscheid ist noch nicht ergangen.

Worum geht es? Eine frühere Angestellte der Libanesischen Al-Madina Bank galt als eine der gefragtesten Beraterinnen der Bank. Sie flüchtete 2005 aus dem Land, nachdem sie von einem Libanesischen Gericht wegen Betrug verurteilt wurde, durch welchen die Bank im Jahre 2003 in Konkurs geriet. Anfang 2012 reichte ein Mehrheitseigentümer der konkursiten Bank eine Klage über mehr als USD 3 Milliarden ein, welche die ehemalige Angestellte «abgezweigt» bzw. veruntreut haben soll.

Um herauszufinden, wohin Geldbeträge flossen, verlangt der Kläger die Offenlegung von Informationen durch Banken ausserhalb der USA, welche aber Tochtergesellschaften in den USA besitzen. Die Klage bezeichne jedoch kein Fehlverhalten der Banken.

Grundsätzlich beziehen sich Discovery-Anträge gegen Banken in den USA nicht auf Konzerngesellschaften ausserhalb der USA bzw. nur durch Involvierung, sprich Rechtshilfe, von ausländischen Gerichten. Der Fall involviert u.a. auch die UBS und die Credit Suisse, aber auch die Banco Santander oder die HSBC.

Ein anderslautender Entscheid zugunsten einer weitreichenden Editions-pflicht der Banken auch mit Wirkung auf ihre ausländischen Gruppengesellschaften hätte mit Sicherheit weitreichende Konsequenzen.

3.3 Internationale Amerikanisierung des Verfahrensrechts

Auf einer generellen Ebene ist die Frage zu stellen, ob man von einem Trend hin zu einer Amerikanisierung des Verfahrensrechts sprechen kann. Dabei ist nach der hier vertretenen Auffassung von einem zunehmenden internationalen Druck zur Offenlegung von Daten auszugehen. Dies gilt zumindest solange, bis sich die entsprechenden Interessengruppen in Europa und anderswo, insbesondere die Finanzindustrie und die Banken, nicht massiv gegen die zunehmenden Tendenzen aus den USA und anderer überschuldeten Staaten zur Wehr setzen.

³ <<http://online.wsj.com/article/SB10000872396390444130304577561292679998980.html>> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

⁴ Neue Zürcher Zeitung, Donnerstag, 2.8.2012 (Nr. 177), 31.

⁵ <<http://mohamadchatah.blogspot.ch/2012/08/why-we-should-care-about-ellen-m.html>> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

Ausgangspunkt für die Frage, ob eine zunehmende Amerikanisierung des Verfahrensrechts festzustellen sei, ist die Tatsache, dass die USA im Bereich des Verfahrensrechts eine nicht untypische Haltung einnehmen, wonach internationales Verfahrensrecht durch die U.S. Gerichte nicht zwingend zu beachten sei. Dies gilt insbesondere für das Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970, das als Haager Beweisübereinkommen («HBÜ») bezeichnet wird⁶.

Ausgangspunkt für die Haltung der USA ist hierbei ein Entscheid aus dem Jahre 1987, der als *Aérospatiale*-Entscheid bekannt wurde und wohl als Reaktion der USA zu werten ist, dass eine Reihe von Staaten einen Vorbehalt oder Teilvorbehalt zu Art. 23 HBÜ bzw. der Durchführung von «pre-trial discovery»-Verfahren gemacht haben und damit wohl die flächendeckende Anwendung des HBÜs – wie von den Delegierten der XI. Haager Konferenz beabsichtigt – verhindert haben⁷.

Nicht nur in den USA, sondern auch in Europa wird seit ein paar Jahren offen über «pre-trial discovery» im internationalen Verfahrensrecht nachgedacht. Die Europäische Union hat in diesem Zusammenhang das Working Document 1/2009 (erstellt durch ein sog. «Advisory Board») publiziert, worin u.a. auf die amerikanische Praxis verwiesen wird⁸. Danach habe ein Gericht eine Partei selbst dann zur Offenlegung von Beweisen zu verpflichten, wenn die Information sich im Ausland befinde⁹.

Weiter führte das Advisory Board (auch als «working party» bezeichnet) aus, man erkenne das Bedürfnis für eine Abstimmung der Anforderungen des U.S. Prozessrechts mit den EU Datenschutzbestimmungen¹⁰. In diesem Sinn forderte sie die Beachtung der als «proportionality»-Voraussetzung gemäss Art. 6 der EU Datenschutzdirektive. Gemeint war damit die Voraussetzung, dass bei offenzulegenden Daten die Relevanz darzulegen sei.

Das Advisory Board schlägt dabei eine nicht praktikable Lösung vor, indem sie eine vertrauensvolle Partei eines Drittstaates zum Entscheid über solche Fragen einsetzen möchte¹¹.

Dasselbe gilt im Bereich des Schiedsrechts, wo ähnliche Bewegungen wahrnehmbar sind. Im Schiedsrecht wurden – nicht zuletzt als Gegengewicht gegen eine immer wieder geforderte Übernahme von Discovery-

⁶ SR 0.274.132.

⁷ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United District Court*, 482 U.S. 522, 544 (1987); MEIER, 51 und 243.

⁸ EU Working Document 1/2009 on pre-trial discovery for cross border civil litigation vom 11. Februar 2009 <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp158_en.pdf> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

⁹ Vgl. Fn. 8, a.a.O., 5, letzter Absatz: Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States no. 442.

¹⁰ Vgl. Fn. 8, a.a.O., 7, Ziffer 2: »*The working party sees the need for reconciling the requirements of the US litigation rules and the EU data protection provisions.*»

¹¹ Vgl. Fn. 8, a.a.O., 11, Absatz 3.

Begehren amerikanischer Parteien – diese als «Rules on the Taking of Evidence» der International Bar Association (IBA) veröffentlicht.

Es wurde dabei im Schiedsrecht ein Kompromiss gesucht, solche Begehren nicht von Anfang an auszuschliessen, aber immerhin die Forderung, dass eine Partei die Relevanz von Forderungen nach Offenlegung für das Verfahren glaubhaft machen müsse.

In den USA ist immer wieder ein verschärfter Ton in der Schiedsgerichtsbarkeit zu spüren, denn es wird teilweise vehement gefordert, Discovery sei zwingend auch im Schiedsverfahren vorzusehen¹².

Der U.S.-amerikanische Einfluss erachtet dabei die kontinental-europäische Prägung im internationalen Schiedsrecht als eine mit veralteten Vorurteilen bestückte, archaische Betrachtung des Beweisrechts. Gefordert wird namentlich die zwingende Beachtung der U.S.-Common law-Discovery als neues Paradigma, das den örtlich vorherrschenden Schwachsinn und orthodoxe Vorurteile des herrschenden Beweisrechts durch zeitgemässe Entwicklungen und Konzepte ersetzen soll¹³.

Diesem Einfluss kann man sich – ungeachtet der bekannten unnützen Auswüchse des U.S.-amerikanischen Discovery hinsichtlich Umfang bzw. Datenflut sowie der exorbitanten Kosten – nicht einfach entziehen, da von U.S.-amerikanischer Seite die Suche nach der «Wahrheit» als Hauptgrund für eine umfassende Editionsspflicht der Parteien für Dokumente, die irgendwie in einem Zusammenhang mit der Streitsache stehen könnten, behauptet wird.

Nur am Rande sei hier schliesslich der zunehmende Druck auf das Schweizer Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) und die brisante Problematik der Amtshilfe in Steuersachen bzw. die international geforderte Einführung des OECD-Standards (Art. 26) bzw. des automatischen Datenaustauschs bei Steuerhinterziehung zu nennen.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass auf der einen Seite gemäss U.S.-amerikanischer Gerichtspraxis keine zwingende Bindung an das HBÜ besteht, andererseits der Druck hin zu mehr Discovery einerseits über das Schiedsrecht erfolgt, andererseits im Bankenrecht durch die geforderte Aufhebung des Bankkundengeheimnisses sowie die Bestrebungen im Steuerrecht nach mehr Informationsaustausch. Auf EU-Ebene wird zumindest das Anliegen nach mehr Offenlegung festgestellt und als legitim erachtet. Konkrete Gesetzesänderungen sind zwar nicht in Sicht, doch es ist ein erhöhter Druck auf das Prozess- und Datenschutzrecht erkennbar.

¹² MARTINEZ-FRAGA, 89–131.

¹³ Vgl. Fn. 12, a.a.O.: »[S]uch fundamental developments as the incorporation of U.S. common law discovery in certain international commercial arbitral contexts compels judges, practitioners, commentators, and arbitrators to discard old prejudices and consider new paradigms that actually underscore debilities endemic to orthodox preconceptions and views governing this issue and best comport with contemporary developments.»

3.4 Europäische Blocking Statutes

Im Gegenzug zum beschriebenen Ruf nach mehr Discovery, sind als Gegengewicht gesetzliche Bestimmungen kontinentaleuropäischer Staaten zu nennen, allen voran Frankreich und die Schweiz¹⁴.

Solche Gesetze – auch «Blocking Statutes» genannt und als strafrechtliche Norm zu qualifizieren – verbieten die Herausgabe von Beweismitteln an ausländische Behörden und/oder Gerichte.

Das französische Strafrecht (No. 80-538) verbietet grundsätzlich die Herausgabe von Beweismitteln, welche in ausländischen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren verwendet werden könnten¹⁵. Ein interessanter französischer Fall aus dem Jahre 2007 ist in diesem Zusammenhang bekannt geworden¹⁶.

Dabei ging es um die Verurteilung eines französischen Anwalts durch das oberste französische Gericht. Der Anwalt wurde mit einer Busse von EUR 10'000 bestraft. Er wurde bestraft, weil er eine U.S.-amerikanische Verfügung zur Herausgabe von Dokumenten im Fall *Strauss v. Credit Lyonnais SA* beachtete und Dokumente herausgegeben hatte. Dies wurde durch die französischen Gerichte auf der Grundlage des genannten Blocking-Gesetzes geahndet.

In der Schweiz ist auf Art. 271 und 273 des Schweizer Strafgesetzbuchs und auf die entsprechende Praxis zu verweisen. Aus Schweizer Sicht ist zumindest bis heute festzuhalten, dass die Normen zwar eine relativ schwere Bestrafung vorsehen, aber wohl eher von einer zurückhaltenden Praxis auszugehen ist.

4. Die U.S.-amerikanische e-Discovery

Um die Problematik zur Rechtslage in der Schweiz und zur Schweizer Rechtshilfe zu verstehen, ist zunächst eine kurze Auslegeordnung des Discovery-Verfahrens und der e-Discovery in den USA zu machen.

Das Problem ist aber – wie gezeigt – kein schweizerisches, sondern ein kontinentaleuropäisches und internationales, wenn Rechtsstrukturen aus «Civil law»-Ländern mit Parteien zusammentreffen, die ein Common law Verständnis besitzen.

Nachfolgend ist zu untersuchen, was nach U.S.-amerikanischem Recht unter Discovery und insbesondere unter e-Discovery zu verstehen ist. Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob für ein Schweizer Unternehmen das

¹⁴ BORN, 849 ff.

¹⁵ 2000 U.S. Dist. Lexis 38378 (E.D.N.Y. May 25, 2007).

¹⁶ Rev. Crit. DIP, 97 (3) juillet-septembre 2008.

Risiko einer Discovery (e-Discovery?) im Stile U.S.-amerikanischen Rechts besteht und, falls ja, inwiefern.

Im Lichte der ebenfalls bestehenden, oben beschriebenen Blocking-Gesetze stellt sich dabei die weitere Frage, ob es nur die Wahl zwischen Verletzung von U.S.-Verfahrensrecht oder von geltendem Verfahrensrecht in Europa bzw. der Schweiz gibt.

Gibt es Unterschiede zwischen Schweizer Gesellschaften, die im Ausland verklagt werden, ausländischen Tochtergesellschaften von Schweizer Unternehmen, die im Ausland verklagt werden und Schweizer Unternehmen als indirekte Prozessbeteiligte?

4.1 Statistisches zu elektronischen Dokumenten und deren Versand

Um ein besseres Verständnis von e-Discovery zu erhalten, sind zunächst statistische Daten zu elektronischen Dokumenten und zu deren Entwicklung zu nennen. Die Ausgangslage ist beeindruckend und geradezu atemberaubend.

Eine Erkenntnis über die Erzeugung und Aufbewahrung von elektronischer Information lässt verstehen, weshalb die Frage von e-Discovery heute von zentraler Bedeutung geworden ist.

Gemäss Advisory Committee on Civil Rules in den USA werden 92% aller Informationen heute in digitaler Form generiert. 70% dieser generierten Informationen werden nie ausgedruckt¹⁷.

Dies bedeutet konkret, dass Offerten überwiegend nur noch elektronisch gemacht und angenommen werden. Auf AGB's wird oft durch Verweis auf Websites aufmerksam gemacht, die jederzeit geändert werden können. Postalisch versandte Post und Pakete können heute elektronisch verfolgt (getracked) werden. Einkauft wird online, Zahlungen werden per e-Banking erledigt, Flugtickets werden per SMS oder E-Mail aufs Handy gesandt und von dort geladen, Begriffe wie Clouds und Smartphones sind heute allgemeiner Sprachgebrauch.

Es ist interessant zu sehen, wie viele E-Mail-Konten es weltweit gibt und wie viele E-Mails täglich weltweit versandt werden. Ferner ist die Frage auf sogenannte «instant messages» (z.B. chats über whatsapp, Google-Mail oder ähnliche Programme), Social Media-Konten und Dokumentenversand über Handys auszudehnen.

Hierzu gibt es bekanntes Zahlenmaterial für das Jahr 2012 und Schätzungen über die weitere Entwicklung innert der nächsten vier Jahre bzw. bis zum Jahr 2016¹⁸.

¹⁷ <<http://www.uscourts.gov/RulesAndPolicies/rules/archives/advisory-committee-reports.aspx>> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

	2012	Schätzung bis 2016
E-Mail-Konten weltweit	3.35 Mrd.	4.337 Mrd.
E-Mail-Konten von Unternehmen	850 Mio.	1.151 Mrd.
E-Mails pro Tag weltweit	144.8 Mrd.	192.2 Mrd.
E-Mails pro Tag weltweit von Unternehmen	89 Mrd.	143.8 Mrd.
Instant Messages (IM) Konten weltweit	2.7 Mrd.	3.4 Mrd.
Social Network Konten weltweit	2.7 Mrd.	4.3 Mrd.
User von E-Mails über das Handy weltweit	730 Mio.	

Im Ergebnis wird deutlich, dass aufgrund der überproportionalen Zunahme von Datentransfer weltweit die Wahrscheinlichkeit zunimmt, dass relevante Dokumente bei den in einem Verfahren involvierten Parteien und Dritten vorhanden sind. Damit besteht auch die Vermutung, dass gleichzeitig die Forderung nach einer liberaleren Offenlegungspraxis stärker werden wird.

4.2 Grundzüge der U.S. e-Discovery

Zunächst ist zu beantworten, wie Discovery und e-Discovery im amerikanischen Rechtssystem eingegliedert sind.

a) Die gesetzlichen Grundlagen

Die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen sind auf Bundes- und Staatenebene verankert. Im internationalen Verhältnis ist das Bundeszivilprozessrecht anwendbar (Federal Rules of Civil Procedure oder auch FRCP). In den USA gilt eine generelle Herausgabepflicht aller Dokumente, die in einem (auch entfernten) Zusammenhang mit der Streitsache stehen.

¹⁸ <<http://www.radicati.com/wp/wp-content/uploads/2012/08/Email-Statistics-Report-2012-2016-Executive-Summary.pdf>> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

Die für Discovery grundsätzliche Bestimmung findet sich in Art. 26 FRCP. Sinngemäss übersetzt kann die Bestimmung wie folgt wiedergegeben werden¹⁹.

«Die Parteien können die Herausgabe von Dokumenten betreffend jeder Sache verlangen, die nicht unter ein Privileg fällt, sofern die herausverlangten Dokumente mit der Sache im Verfahren zusammenhängen, ungeachtet ob es mit der Klage oder der Abwehr der Klage der gesuchstellenden Partei oder mit der Klage oder der Klageabwehr irgendeiner Partei zusammenhängt.»

Demnach besteht eine grundsätzliche und umfassende Editionsspflicht sofern es für die Klage oder deren Abwehr relevant sein könnte (eine Ausforschung bzw. «fishing expeditions» sind nicht nur möglich, sondern systemimmanent).

Als eigentliches Sicherheitsnetz gegen die klassische Ausforschung und als Gegengewicht gegen die prinzipielle Herausgabepflicht statuiert das U.S.-amerikanische Recht Voraussetzungen unter denen keine Herausgabe erfolgen muss. Es geht dabei um den Schutz berechtigter Interessen und das Korrektiv zur generellen Herausgabepflicht ist das Institut des «Privilege» und der Geheimhaltung.

Unter dem Begriff «Privilege» sind privilegierte Kategorien von Dokumenten zu verstehen, die nicht unter die Herausgabepflichten eines Discovery-Verfahrens fallen. Zu erwähnen ist vor allem die «Privilegierung» von Anwaltskorrespondenz, wobei auch Korrespondenz mit dem Unternehmensanwalt dazu zu zählen ist (damit sogenannte «full and frank» Offenlegung mit den Anwälten möglich ist).

Ob ein Dokument unter die sogenannte Privilege-Regel fällt ist in den USA Gegenstand grosser Debatten geworden und es hat sich eine intensive Rechtsprechung zu diesem Thema entwickelt. Geschützt ist allerdings nur die Kommunikation und nicht der darunterliegende Inhalt der Kommunikation.

Ferner müssen Dokumente, die von Anwälten und/oder an Anwälte in Vorbereitung von Verfahren erstellt werden, nicht herausgegeben werden (dies wird in den USA als «attorney-client work product» bezeichnet).

Schliesslich gehören vertrauliche Dokumente (confidential documents) zu den nicht herauszugebenden Dokumenten, wozu u.a. auch Geschäftsgeheimnisse fallen²⁰. Vertraulich sind Dokumente dann, wenn eine Rechtspflicht besteht, diese geheim zu halten. Als Grundsatz gilt für die Schweiz

¹⁹ Auf Englisch lautet die Bestimmung wie folgt: «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.»

²⁰ <<http://legacy.library.ucsf.edu/help/docdesignation.jsp;jsessionid=C1E38BD5733EC47349BBAC1AADF95074.tobacco03>> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

hingegen, dass wo keine generelle Pflicht zur Herausgabe besteht, auch keine korrelierende Ausnahme zur Herausgabe besteht.

Im Zuge der Digitalisierung bzw. durch die elektronische Vernetzung, wurde die FRCP in den letzten Jahren angepasst. Eine eigentliche Reform des Zivilprozessrechts erfolgte im Jahr 2006. Im Zuge der Anpassung der FRCP wurde namentlich dem Umstand der e-Discovery Rechnung getragen und es wurden weitere Bestimmungen ins Gesetz eingeführt. Dabei sind vor allem die folgenden beiden Bestimmungen anzuführen, welche sich auf e-Discovery beziehen:

Nach Art. 26 (b) (2) (B) der FRCP besteht keine Herausgabepflicht, wenn die Dokumente bzw. Daten nicht in einem vernünftigen Rahmen beschafft werden können («*information not reasonably accessible*»).

Nach Art. 26 (b) (2) (C) (iii) der FRCP besteht weiter keine Herausgabepflicht von Dokumenten, wenn die Kosten und Umstände der Herausgabe nicht zu rechtfertigen sind oder die Kosten in einem Missverhältnis zum Streitwert stehen (z.B. Kosten der Herausgabe von USD 1 Million bei einem Streitwert von USD 100'000) («*burden or expense outweighs likely benefit*»).

Sobald ein Rechtsstreit möglich erscheint bzw. wahrscheinlich droht, spätestens aber wenn ein Verfahren beginnt, hat die beklagte Partei innerhalb der Unternehmung ein sogenanntes «*Litigation Hold*» oder «*Legal Hold*»-Schreiben an alle Beteiligten zu senden²¹.

Ab diesem Zeitpunkt dürfen keine Dokumente gelöscht oder anderswie vernichtet werden. Eine Löschung ab diesem Zeitpunkt wird von den Gerichten sanktioniert, teilweise mit Bussen die einen exorbitant pönalen Charakter aufweisen.

Die amerikanische Prozessordnung ist misstrauisch gegenüber Parteien, die Informationen nicht mehr finden. In diesem Zusammenhang ist auf die in den USA bekannten Fälle «*Coleman v. Morgan Stanley*»²² bzw. «*UBS v. Zubulake*»²³ zu verweisen.

Im Fall *Coleman v. Morgan Stanley* erging ein Säumnisurteil gegen das Finanzinstitut Morgan Stanley in Höhe von USD 1.4 Milliarden (sic!), nachdem bekannt geworden war, dass entgegen den Erklärungen der Bank, nicht nur 1'300 Seiten an Dokumenten offenzulegen gewesen wären, sondern weitere 8'000 Seiten bewusst verschwiegen worden waren. Das Gericht wandte dabei die «*negative inference*»-Regel an und schloss aus den nicht offengelegten Dokumenten ohne Weiteres auf eine Auslegung zuungunsten

²¹ Folgende Untersuchungen und/oder Verfahren führen in den USA dazu, dass keine Dokumente mehr sanktionslos vernichtet werden können: «*Result of a current or reasonably anticipated litigation, audit, government investigation, or other such matter*», siehe dazu «*The Sedona Conference*».

²² *Coleman v. Morgan Stanley* 2005 WL 679071 (Fla. Cir. Ct. Mar. 1, 2005).

²³ *UBS v. Zubulake*, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004).

der Bank Morgan Stanley. Dabei wurde festgehalten, dass der Regelverstoss gegen die Discovery-Auflagen des Gerichts ein Schuldbewusstsein darstellt (*«misconduct demonstrates consciousness of guilty»*).

Eine Erleichterung für herausgabepflichtige Parteien ergibt sich aus der Rule 37 (e) FRCP, wonach bei Verstoss gegen die generelle Herausgabepflicht auf Sanktionen verzichtet werden kann, wenn die Nichtherausgabe auf von im Vornherein festgelegten Löschroutinen beruht, sofern diese im guten Glauben bzw. ausserhalb eines konkreten Prozessrisikos erfolgten²⁴.

b) Weiterentwicklung und Praxis von e-Discovery in den USA

Zum Thema Discovery und e-Discovery hat sich in den USA eine beinahe unüberschaubare Praxis von Gerichtsurteilen entwickelt²⁵. Die als «Sedona Conference»²⁶ bekannte Institution widmet sich fast ausschliesslich dem Thema e-Discovery und gibt Richtlinien heraus. Sie nimmt eine eigentliche Vorreiterstellung ein.

Aber auch Expertengruppen aus Richtern und Professoren setzen sich intensiv und regelmässig mit dem Thema auseinander (Federal Advisory Committee; vgl. oben, Fn. 17).

Auch andere Institutionen geben Richtlinien betreffend die Herausgabe bzw. Einreichung von Dokumenten heraus. Zu nennen ist etwa die Weisung betreffend elektronischer Daten der Securities and Exchange Commission («SEC»), welche Richtlinien zur Einreichung von elektronischen Daten publiziert, wenn eine börsennotierte Gesellschaft von der SEC untersucht wird²⁷.

Hierbei ist zu bemerken, dass die SEC diese Richtlinien zunächst den Parteien abgibt, ohne dass die Parteien eine rechtliche Pflicht trifft, zu reagieren. Allerdings ergibt sich aus Informationen der SEC, dass die meisten von der SEC untersuchten Gesellschaften freiwillig die geforderten Dokumente nach diesen Richtlinien offenlegen.

²⁴ U.S. Federal Rules of Civil Procedures, Rule 37 (e): *»FAILURE TO PROVIDE ELECTRONICALLY STORED INFORMATION. Absent exceptional circumstances, a court may not impose sanctions under these rules on a party for failing to provide electronically stored information lost as a result of the routine, good faith operation of an electronic information system.»*

²⁵ Eine nützliche und umfangreiche Datenbank ist unter <https://extranet1.klgates.com/ediscovery/> (zuletzt besucht am 29.10.2012) zu finden. Hierbei handelt es sich um eine informative Datenbank, welche von der U.S.-amerikanischen Kanzlei K&L Gates LLP betrieben wird.

²⁶ www.thesedonaconference.org (zuletzt besucht am 29.10.2012).

²⁷ Data Delivery Standards unter <http://www.sec.gov/divisions/enforce/datadeliverystandards.pdf> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

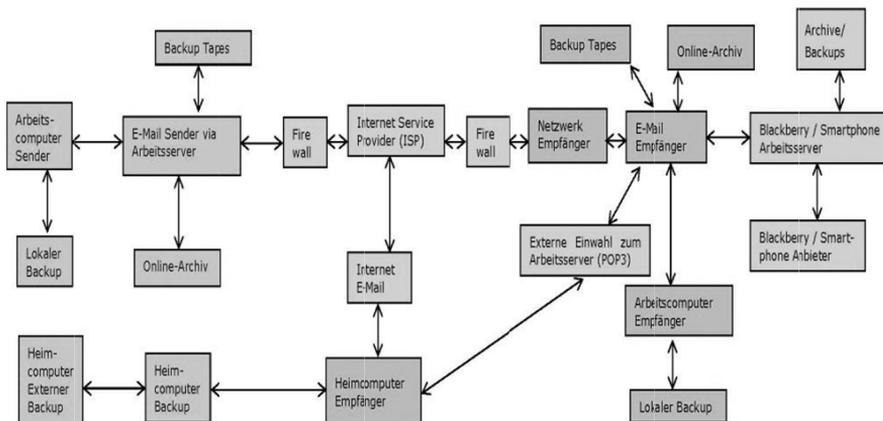
4.3 Umfang der U.S. e-Discovery

a) Allgemeine Bemerkungen

Nachfolgend wird eine kurze Auslegeordnung erstellt, was alles zum Umfang eines Herausgabeanspruchs nach U.S.-amerikanischem Recht («document production requests») gehören kann. Hierzu gibt es in den USA Leitfaden und «Musterverfügungen», welche von Gerichten herausgegeben worden sind.

Als Beispiel sei der Leitfaden des U.S. District Court of the Northern District of Ohio zu e-Discovery genannt oder die Model e-Discovery Order für Patentprozesse, welche das Federal Advisory Committee anlässlich der Sedona Conference 2012 publizierte^{28 29}. Es handelt sich dabei um eine Empfehlung von Richtern und Professoren. Es wurde versucht, der exponentiellen Zunahme von elektronischen Dokumenten und den damit verbundenen exorbitanten Kosten Rechnung zu tragen.

Aus der nachfolgenden Übersicht wird deutlich, dass der elektronische Versand von Informationen (z.B. eine E-Mail vom Sender an den Empfänger) nicht eine Reise von A nach B darstellt, sondern erheblich komplizierter ist.



Die eher komplizierte Übersicht soll darstellen, wie weitläufig die elektronische Datenspeicherung erfolgt und wie weit eine Partei ausholen muss,

²⁸ <<http://www.nycourts.gov/ji/commercial-litigation/PDFs/3.f.f.%20N.D.%20Ohio%20Default%20Standards.pdf>> (zuletzt besucht am 30.10.2012).

²⁹ <<http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/Agenda%20Books/Civil/CV2012-03.pdf>> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

um alle Informationen einer elektronischen Kommunikation zu erhalten. Allein der Versand einer E-Mail über ein Blackberry oder Smartphone und der Abruf dieser E-Mail von zu Hause durch den Empfänger über seinen privaten Internetanbieter (z.B. Swisscom) bewirkt, dass die E-Mail mehrfach gespeichert wird.

Das heisst, dass eine E-Mail auf einem Computer gelöscht wurde, aber durchaus noch auf einem anderen Server zu finden ist, auf welchem diese Daten ebenfalls gespeichert worden sind.

Diese Tatsachen haben für eine vollumfängliche e-Discovery nach U.S.-amerikanischem Recht Konsequenzen, da damit der Radius einer Partei viel grösser sein muss, damit sich diese Partei vollständig dokumentieren kann.

b) Inhalt einer e-Discovery

Eine e-Discovery nach U.S.-amerikanischem Recht kann sehr umfangreich ausgestaltet sein und beinhaltet weit mehr als nur Faxschreiben und E-Mails. Weshalb eine e-Discovery alle Formen von Informationen und elektronischer Datenspeicherung erfasst, ist leicht nachzuvollziehen. Auf der Suche nach den Fakten eines Falles sind alle Möglichkeiten auszuloten, um den Sachverhalt, die Parteien und Zusammenhänge festzustellen und möglichst zu Gunsten der einen Partei darzustellen. Dabei soll verhindert werden, dass nachträgliche Manipulationen erkannt werden und/oder das Ausblenden von Sachverhaltselementen durch weitere Daten eruiert werden kann.

Als Beispiel ist zu nennen, dass der Parteiwille durch die Analyse von unternehmensinternen Kommunikationen wahrscheinlich akkurater festgestellt werden kann, als blosser E-Mail-Korrespondenz an die Gegenseite. Eine Partei wird geschickt in ihrer Korrespondenz der Gegenseite nur das mitteilen, was der Gegenseite auch mitgeteilt werden soll. Hingegen können zum Beispiel Chatprotokolle unter Mitarbeitern von bedeutend höherem Wert sein, wenn man erfährt, was die einzelnen Personen in einer angeblich sicheren Umgebung mitteilen.

Nachfolgend wird eine nicht abschliessende Liste möglicher Informationsarten wiedergegeben, welche von einer Partei in einem e-Discovery-Verfahren herausverlangt werden könnten. Dabei handelt es sich um eine Zusammenfassung von Hinweisen, die sich aus der U.S.-amerikanischen Literatur ergeben. Eine e-Discovery beinhaltet u.a. die folgenden Informationen:

- Korrespondenz;
- Entwürfe von Dokumenten;
- Nicht gespeicherte Änderungen in einem Dokument;
- Instant Mitteilungen (gesendet und erhalten);
- E-Mails (Outlook bzw. auf Unternehmensservern);

- Anhänge zu E-Mails;
- Internet Service Provider (ISP) E-Mails wie Yahoo, Gmail, AOL usw.;
- Telefonnachrichten (auch gelöschte);
- Ordnernamen / elektronische Pfade und Verzeichnisse;
- Hauptordnerverzeichnis;
- Bilder inklusive im Internet besuchte Bilder;
- Sämtliche Aktivitäten im Internet inklusive Verweildauer auf den jeweiligen Seiten;
- Tabellen und Entwürfe von Tabellen;
- Metadata (Metainformationen sind Daten, die Informationen über Merkmale anderer Daten enthalten, aber nicht diese Daten selbst; bei Büchern z.B. der Autor, der Verlag, das Erscheinungsjahr, die Auflage, bei elektronischen Dokumenten geht es um Verfasser, Zeitpunkt der Erstellung und der vorgenommenen Änderungen, die Frage, wer wann eine Datei geändert hat, etc.)³⁰;
- Ephemeral-Data (temporäre Daten wie RAM oder Caches wie bei IM oder Voice over IP (VOiP)³¹);
- Database-Dateien;
- Finanzzahlen inkl. Steuer- und Buchhaltungsinformationen;
- Faxschreiben (gesendet und erhalten);
- Files access history von Servern und/oder dem Internet;
- Kontaktlisten, Outlookkalender;
- Synchronisierungsdaten von PDA (personal digital assistant);
- Kreditkartennummern und Online-Transaktionen;
- Verlauf Internetsuchen und Suchkriterien;
- Blogs;
- Unternehmensdaten;
- Inventarlisten von externen Hardwarekomponenten (am Computer angeschlossene Geräte wie Drucker, Back-up-Systeme sowie externe Media-Applikationen);
- Software-Inventarlisten;
- Gelöschte Daten und Files.

Aus dieser Liste wird deutlich, dass es sich nicht nur um sogenannte direkte Informationen und Mitteilungen handelt. Vielmehr wird bei der e-Discovery versucht, die mit Dokumenten im Zusammenhang stehenden Informationen erhältlich zu machen. Interessant sind dabei gelöschte Daten und Files oder die sogenannten Metadata. Durch Metadata kann eine Partei

³⁰ <<http://de.wikipedia.org/wiki/Metadaten> (zuletzt besucht am 29.10.2012)>.

³¹ Columbia Pictures Indus. Inc. v. Bunnell, 2007 U.S. Dist. LEXIS 46364 (C.D. Cal. June 19, 2007).

herausfinden, wann welche Person an elektronischen Dokumenten wie lange gearbeitet hat.

Bemerkenswert sind zudem die Versuche, auf sogenannte temporäre Daten zugreifen zu können. Das heisst mit anderen Worten an sich nichts anderes, als dass der Gesuchsteller versucht, an den Inhalt von Gesprächen zu kommen, die früher in den Kaffeepausen, unter vier Augen, sprich im geschützten Umfeld stattfanden. Die Digitalisierung in der Unternehmenswelt führt deshalb dazu, dass die oben als ephemeral Data bezeichneten Daten (zum Beispiel Chatgespräche innerhalb von Unternehmen) grundsätzlich in elektronischer Form verfügbar wären (sofern diese gespeichert werden).

5. Schweizer Rechtshilfe und HBÜ im Spannungsfeld von e-Discovery

Im folgenden Kapitel soll untersucht werden, ob und in welchem Umfang eine e-Discovery nach U.S.-amerikanischem Recht in der Schweiz auf der Basis schweizerischer Rechtshilfe bzw. auf der Grundlage des HBÜs möglich ist. Es soll dabei insbesondere geprüft werden, ob der von der Schweiz gemachte Teilvorbehalt eine e-Discovery ausschliesst oder ob aufgrund der oben beobachteten Amerikanisierung eine «Aufweichung» des Vorbehalts denkbar wäre (siehe oben, Ziff. 3.2).

5.1 Haager Beweisübereinkommen: Grundzüge

Das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18. März 1970 ist in der Schweiz seit dem 1. Januar 1995 in Kraft³². Das HBÜ regelt im Prinzip, dass ein Gericht eine Beweisaufnahme durch die Behörde eines anderen Vertragsstaates verlangen kann (Art. 1 (1) HBÜ), wobei zunächst ein Gesuch an die zentrale Behörde des ersuchten Staates zu übermitteln ist (Art. 2 HBÜ).

Im Grundsatz sind Beweisabnahmen nach dem Recht des ersuchenden Staates durchzuführen (Art. 9 (1) HBÜ). Im HBÜ ist jedoch an verschiedenen Stellen statuiert, dass keine Ausforschungsbeweise zulässig sind (Art. 3³³, Art. 9, Art. 12 und Art. 23 HBÜ). Mit anderen Worten erlaubt das HBÜ einem Vertragsstaat eine Reihe von Abwehrmechanismen gegen eine vom Ausland verlangte Beweiserhebung aufzustellen.

Ein erstes Korrektiv besteht in Art. 9 (2) HBÜ, wonach zum Beispiel der Ordre Public zu schützen sei (dabei ist wohl davon auszugehen, dass wegen der Spezialnorm von Art. 23 HBÜ e-Discovery nicht darunter fällt) oder

³² SR. 0.274.132.

³³ Notwendige Angaben eines Gesuchs.

andere Probleme bei der Durchführung eines solchen Ersuchens entgegengehalten werden können³⁴.

Art. 12 HBÜ schützt weiter das Recht des ersuchten Staates, womit der ersuchte Staat sich bei der Durchführung einer Beweiserhebung für einen ersuchenden fremden Vertragsstaat gegen unbekannte Prozessinstrumente zur Wehr setzen kann.

Vorliegend von Interesse ist jedoch Art. 23 HBÜ, welcher einem Vertragsstaat die Erhebung eines Vorbehalts erlaubt. Wie zu zeigen sein wird, hat die Schweiz einen Teilvorbehalt und keinen vollen Vorbehalt erklärt³⁵.

5.2 Der Teilvorbehalt der Schweiz zum HBÜ

Im Verhältnis zu Artikel 23 HBÜ erklärt die Schweiz namentlich, dass Rechtshilfeersuchen, die ein «*pre-trial discovery of documents*»-Verfahren zum Gegenstand haben, abgelehnt werden können, wenn:

- das Ersuchen keine direkte und notwendige Beziehung mit dem zugrunde liegenden Verfahren aufweist (lit. a); oder
 - von einer Person verlangt wird, sie solle angeben, welche den Rechtsstreit betreffenden Urkunden sich in ihrem Besitz, ihrem Gewahrsam oder ihrer Verfügungsgewalt befinden oder befunden haben (lit. b); oder
 - von einer Person verlangt wird, sie solle auch andere als die im Rechtshilfebegehren spezifizierten Urkunden vorlegen, die sich vermutlich in ihrem Besitz [...] befinden (lit. c); oder
 - schutzwürdige Interessen der Betroffenen gefährdet sind (lit. d).
- a) Die Bestimmungen in Ziff. 6 lit. a bis c des Teilrechtsvorbehalts der Schweiz zu Art. 23 HBÜ

Dies bedeutet zunächst, dass gemäss dem Schweizer Teilvorbehalt eine «*pre-trial discovery*» nicht *per se* ausgeschlossen ist³⁶. Dies war – zumindest formell – nicht das erklärte Ziel der Schweiz bei den Beitrittsverhandlungen zur HBÜ³⁷.

³⁴ Art. 9 (2) HBÜ: Besondere Form des ersuchenden Staates möglich, ausser es besteht «*Unvereinbarkeit mit dem eigenen Recht*» oder «*nach gerichtlichen Übung unmöglich*» oder «*wegen tatsächlicher Schwierigkeiten unmöglich*».

³⁵ Grossbritannien, Dänemark, Finnland, Schweden oder Singapur haben ebenfalls einen Teilvorbehalt erstattet. Einen kompletten Vorbehalt haben z.B. Frankreich, Deutschland, Luxemburg, Norwegen oder Portugal gemacht.

³⁶ Botschaft, BBl 1993, Bd. III, 1299; vgl. Fn. 7, MEIER, 243.

³⁷ BGE 132 III 291: «*Im Vernehmlassungsverfahren und in der anschliessenden Diskussion in den eidgenössischen Räten erhielt das ‚pre-trial discovery‘-Verfahren denn auch eine besondere Bedeutung (dazu im Einzelnen: MONIQUE JAMETTI GREINER, Neuerungen im internationa-*

Gemäss Ziff. 6 lit. a des Teilvorbehalts der Schweiz zum HBÜ soll der genügende sachliche Zusammenhang zum Prozessthema garantiert werden. Es soll im Rahmen einer (auch einer e-)Discovery damit nicht alles «*in irgendeinem Zusammenhang*» stehende verlangt werden können, sondern nur Dokumente die genügend konnex zum Prozessthema sind. Die Frage, ob es Ersuchen geben kann, die zwar in einem «*direkten*», jedoch nicht in einem «*notwendigen*» Zusammenhang stehen, ist nach der hier vertretenen Meinung eher theoretischer Natur.

Durch Ziff. 6 lit. b und c werden der klassische Ausforschungsbeweis abgedeckt³⁸. Es soll dabei namentlich verhindert werden, dass eine Partei durch puren Zufall verwertbare Treffer landet. Zu dieser Bestimmung hat auch das Bundesgericht Stellung genommen³⁹.

Das Bundesgericht hat insbesondere erklärt, dass weder die Beweislast noch die Substantiierungsobliegenheiten einer Partei durch das HBÜ ins Gegenteil verkehrt werden sollen. Es obliegt nach wie vor derjenigen Partei die Tatsachen zu beweisen, aus denen sie Rechte geltend machen möchte.

b) Die Bestimmung in Ziff. 6 lit. d des Teilrechtsvorbehalts der Schweiz zu Art. 23 HBÜ

Schliesslich ist ein besonderes Augenmerk auf Ziff. 6 lit. d des Teilvorbehalts der Schweiz zum HBÜ zu legen, wonach eine konkrete Gefährdung des schutzwürdigen Interesses des Betroffenen notwendig ist. Was ist unter schutzwürdigem Interesse nach lit. d des Teilvorbehalts zu Art. 23 HBÜ zu verstehen?

Zunächst ist festzuhalten, dass kein genereller Ausschluss aller «pre-trial discovery»-Verfahren statuiert wurde. Die Botschaft lässt somit im Prinzip «pre-trial discovery»-Verfahren zu, sofern die Bestimmungen des Teilvorbehalts von Art. 23 HBÜ erfüllt sind. Dies ist zunächst so festzustellen.

In diesem Zusammenhang wurde in der Wegleitung des Bundesamtes für Justiz aus dem Jahre 2005 («Wegleitung») erwogen, dass aufgrund des Nachweises von schutzwürdigen Interessen des Betroffenen damit von der

len Rechtshilfeverkehr der Schweiz, Zeitschrift für Zivilprozess international [ZZPInt] 1/1996 S. 187 ff.; Botschaft des Bundesrates vom 8. September 1993 betreffend Genehmigung von vier Übereinkommen im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen, BBl 1993 III 1298 ff.; PAUL VOLKEN, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, S. 99 ff.)».

³⁸ BGE 132 III 291: «Jeder Vertragsstaat des HBÜ kann sich durch eine Erklärung im Sinne von Art. 23 des Übereinkommens vorbehalten, dass er Rechtshilfeersuchen aus einem ‚pre-trial discovery‘-Verfahren keine Folge gibt. Von dieser Möglichkeit hat bisher die Mehrheit der Staaten Gebrauch gemacht. Dabei geht es – wie die Entstehungsgeschichte von Art. 23 HBÜ zeigt – jedoch nicht um die grundsätzliche Verweigerung der Mitwirkung bei der Urkundenedition, sondern im Wesentlichen um die Ablehnung generell gehaltener Ausforschungsversuche, so genannter ‚fishing expeditions‘.»

³⁹ BGE 132 III 291.

Schweiz eine Generalklausel zum Schutz des Schweizer Bankgeheimnisses oder des Berufsgeheimnis statuiert wurde⁴⁰. Konkret sollten Gesuche verhindert werden, welche eine – schweizerischen Interessen zuwiderlaufenden – Gefahr von Editionsbegehren mit Ausforschungscharakter darstellten⁴¹.

Verlangt wird jedoch eine konkrete Gefährdung der Interessen des Betroffenen. Das heisst somit, dass es sich nicht ohne Weiteres um eine Schutzklausel handelt und damit auch nicht *per se* das Bankgeheimnis oder ein anderes Berufsgeheimnis geschützt wird. In einem Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich wurde festgehalten, dass eine Berufung auf das Bankgeheimnis als solches oder ein drohender Prozessverlust nicht genüge⁴². Im Urteil wird dabei u.a. Folgendes ausgeführt:

«Die Wegleitung hält aber auch fest, dass dies nicht dazu führen dürfe, dass Rechtshilfersuchen, die sich auf ein ‚discovery‘-Verfahren stützen, generell abzulehnen seien (a.a.O., S. 27). Gemäss Botschaft (a.a.O., S. 1301) soll die Formulierung des Vorbehaltes klarstellen, dass es der Schweiz um den Schutz des Betroffenen und nicht um Gründe der Staatsraison geht, das heisst, nicht um den Schutz des Bankgeheimnisses an sich, weshalb also im Vorbehalt nicht ein absoluter Schutz des Bankgeheimnisses statuiert werden soll. Einen generellen Ausschluss aller ‚pre-trial discovery‘-Verfahren zum Schutze des Bank- und Berufsgeheimnisses wie ihn die Schweizerische Bankiervereinigung im Vernehmlassungsverfahren vorgeschlagen hatte, wurde denn auch abgelehnt (BOTSCHAFT, a.a.O., S. 1299). Der Schutz des Betroffenen hingegen soll nur gewährleistet werden, wenn in einem konkreten Fall eine konkrete Gefährdung besteht».

Hingegen ist festzuhalten, dass trotzdem die Zeugnisverweigerungsrechte nach Art. 166 ZPO gelten (das heisst, dass eine Bank, welche den Schutz des Bankgeheimnisses wahren will, ihr Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen kann, nicht aber der Gesuchgegner). Das angerufene Gericht müsste jedoch gemäss Art. 166 Abs. 2 ZPO eine Interessenabwägung zwischen dem geltend gemachten Geheimhaltungsinteresse und der Wahrheitsfindung vornehmen.

⁴⁰ Bejahend die Wegleitung zum HBÜ, 33, wobei kein genereller Ausschluss zu verstehen sei: <<http://www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0049.File.tmp/wegl-ziv-d.pdf>> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

⁴¹ Botschaft, BBl 1993, Bd. III, 1261.

⁴² Beschluss des OGer ZH v. 16.11.2004, NV040009, abrufbar unter <http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/34CBEBE4416216E4C1256F6C0045EB91_NV040009.pdf> (zuletzt besucht am 29.10.2012).

5.3 Probleme in der Anwendung einer e-Discovery in den USA und unter HBÜ

In den USA hat das HBÜ keinen zwingenden Charakter (Entscheid Aérospatiale, siehe oben Fn. 7). Die Gerichte in den USA können «andere Wege» ausserhalb des HBÜs beschreiten, um Beweise erhältlich zu machen und Beweisverfahren durchzuführen⁴³. Die USA stellen sich somit auf den Standpunkt, dass die Anwendung des HBÜs nur eine von mehreren Möglichkeiten darstellt.

Dabei wird insbesondere vorgebracht, dass es immer wieder vorkommt, dass entsprechende Gesuche aus den USA (letters rogatory) nicht gutgeheissen werden auf der Basis mangelnder Diplomatie, bestehendem Ordre Public, Bedenken des ersuchten Staates, wegen bürokratischer Hürden oder weil es vorkommt, «pre-trial discovery» missverständlich als nicht zu einem Verfahren gehörenden Akt zu verstehen⁴⁴. Ferner ist es aus U.S.-amerikanischer Sicht unbefriedigend, dass bei Gewährung des Gesuches Beweiserhebungen ohne die Abnahme eines Eides erfolgen, keine Wortprotokolle erstellt werden und beispielsweise Befragungen nicht durch die Anwälte, sondern durch die Gerichte erfolgen.

Dies gilt nicht nur für Beweiserhebungen in den USA bzw. in U.S.-amerikanischen Verfahren, sondern auch für Beweiserhebungen in den USA zugunsten ausländischer Verfahren. Im U.S.-amerikanischen Recht ist es nach § 1792 FRCP möglich, dass eine Schweizer Partei von der «gesamten Palette» des U.S.-amerikanischen Beweisrechts profitieren kann, denn Discovery und auch e-Discovery stehen in den USA für die Zwecke eines Verfahrens ausserhalb der USA zur Verfügung.

Dies wird je nach Bedarf von Parteien, welche in Prozessen ausserhalb der USA involviert sind, genutzt, um in den USA erhältliche Informationen «relativ» leicht und einfach zu erhalten und im Prozess ausserhalb zu verwerten. Diesem Aspekt wird ausserhalb der USA teilweise mit Skepsis begegnet⁴⁵.

Die Möglichkeit von in den USA erhältlichen «protective orders» zum Schutze ausländischer Parteien gegen (zu) weitgefaste Discovery-Gesuche ist gemäss der Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz zu restriktiv⁴⁶.

⁴³ BGE 132 III 291.

⁴⁴ BORN, 893 f.

⁴⁵ Damit ist Folgendes gemeint: Wenn Parteien aus sog. «Civil law»-Staaten die Möglichkeiten des U.S.-amerikanischen Verfahrens nutzen, um Beweise zugunsten von eigenen Prozessen bzw. Verfahren ausserhalb der USA zu beschaffen (zum Beispiel auf der Basis von § 1782 FRCP), dann stützt diese Tatsache in erster Linie das Anliegen der angelsächsischen Rechtskreise, die eine extensive Herausgabepflicht zugunsten der angeblichen Wahrheitsfindung propagieren. Gleichzeitig wird es für die «Civil law»-Rechtskreise schwieriger, sich gegen Discovery-Anliegen aus dem Ausland zu wehren.

⁴⁶ <http://www.ivo-geis.de/veroeffentlichungen/eDiscovery_und_Datenschutz.pdf> (zuletzt besucht am 30.10.2012), 3; vgl. oben, Fn. 8, a.a.O., 4 ff.

Seitens der USA wird dieser Umstand als notwendiges Bedürfnis vorgebracht, dass Beweisverfahren ohne die Möglichkeit eines «pre-trial discovery» weder der Wahrheitsfindung dienen, noch der schwächeren Partei die Möglichkeit bieten, sich angemessen zu wehren.

Vor diesem Hintergrund des weiten U.S.-amerikanischen Verständnisses der internationalen Beweiserhebung ist eine weiterhin restriktive Auslegung des schweizerischen Teilvorbehalts zum HBÜ in Zukunft möglicherweise nicht leicht zu rechtfertigen.

a) Relevante und bestimmte e-Discovery-Gesuche nach HBÜ

Relevante e-Discovery Gesuche nach HBÜ müssen akzeptiert werden, wenn ein konkretes schutzwürdiges Interesse vorliegt. Gründe der «Staatsraison» können nicht geltend gemacht werden⁴⁷. Mit dem Teilvorbehalt sollten lediglich Ausforschungsbeweise verhindert werden. Mit anderen Worten hat die Schweiz nur Teilvorbehalt erklärt und hinsichtlich «*Relevanz und Bestimmtheit [...] den schweizerischen Zivilprozessordnungen nachempfundene Massstäbe erfüllt*»⁴⁸.

Wo die Linie zwischen Ausforschungsbeweis und schutzwürdigen Interessen gegenüber legitimen Ersuchen aus dem Ausland unter dem HBÜ zu ziehen ist, unterliegt einem Wertewandel und kann nicht immer einfach bestimmt werden. Ferner stellt sich die Frage, ob auch Teilrechtshilfe gewährt werden kann oder ein «blue-pencil approach»⁴⁹ möglich wäre.

Ferner ist zu prüfen, ob die Einführung der Schweizer ZPO, namentlich die vorsorgliche oder antizipierte Beweiserhebung nach Art. 158 ZPO, eine rechtshilfweise Lockerung des Teilrechtsvorbehalts zur Folge haben könnte. In diesem Zusammenhang kann vorgebracht werden, dass die Voraussetzungen für die Zulassung eines derartigen Gesuchs nicht übermässig sein dürfen, wenn damit insbesondere die Prüfung der Prozesschancen und die Vermeidung unnützer Prozesse erreicht werden soll⁵⁰.

Dabei wird die Frage kontrovers diskutiert, ob ein Beweis der Begründetheit des Hauptanspruchs zu erbringen ist. Die Meinungen gehen auseinander. Immerhin hat das Schweizer Bundesgericht in einem neueren Entscheid festgehalten⁵¹:

«Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftma-

⁴⁷ Botschaft, BBI 1993, Bd. III, 1301.

⁴⁸ BGE 132 III 291.

⁴⁹ Damit ist gemeint, dass die ersuchte Behörde ein Herausgabegesuch so korrigiert, dass es den gesetzlichen Anforderungen genügen kann; <[http://en.wikipedia.org/wiki/Blue_pencil_\(editing\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Blue_pencil_(editing))> (zuletzt besucht am 30.10.2012).

⁵⁰ OF ZPO-RÜEDI, Art. 159 N 9; GASSER/RICKLI, Art. 158 N 4 f.

⁵¹ BGE 138 III 76.

chung verlangt werden, denn sonst würde der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem die Gesuchstellerin ihren Anspruch beweisen kann, muss es genügen, dass sie das Vorliegen der anspruchsberechtigten Tatsachen lediglich substantiiert behauptet».

Mit der Einführung von Art. 158 ZPO wird nach der hier vertretenen Auffassung keine gesetzliche Grundlage für e-Discovery geschaffen. Diese Meinung scheint auch in der Lehre vertreten zu werden⁵². Allerdings ist nach den Materialien und nach den bisherigen Kommentaren der neuen ZPO eine eigentliche Trendwende zu erkennen. Nachdem nach den alten kantonalen Prozessordnungen regelmässig die Gefährdung des vorsorglich zu sichernden Beweises notwendig war⁵³, hat der Gesetzgeber diese Voraussetzung aufgegeben bzw. die Anspruchsgrundlage erweitert.

Dieser Umstand bzw. diese Tendenz hat indirekt einen Einfluss auf Auslegung und Praxis von Herausgabegesuchen unter dem HBÜ. Nachdem sich die Gesetzeslage durch die Änderung der ZPO verändert hat, kann diese Änderung im Übereinkommensrecht zu einer Lockerung der Herausgabepaxis führen. Wenn es einer Partei in der Schweiz – sofern sie nicht versucht, Beweise per Zufallsprinzip auszuforschen – möglich ist, ihre Prozesschancen durch eine vorsorgliche Beweisabnahme zu prüfen, muss unter dem HBÜ die Herausgabe von Dokumenten, sofern das Gesuch im Sinne des HBÜ relevant und bestimmt ist, bewilligt werden. Das heisst wiederum, dass eine «pre-trial discovery» und damit wohl auch eine e-Discovery unter der Ägide des HBÜ unter den oben genannten Voraussetzungen möglich sein muss. Hierbei kann das Gericht sogar verbessernd eingreifen, indem es Teilrechtshilfe gewähren oder im Sinne des «blue-pencil approach» Korrekturen anbringen kann.

Die Auslegung der Begriffe Relevanz und Bestimmtheit dürfte wohl unter dem Einfluss des HBÜs weniger restriktiv sein als unter der Schweizer ZPO, wenn damit der grundsätzlichen Zulässigkeit von Art. 23 HBÜ i.V.m. dem von der Schweiz erklärten Teilvorbehalt Rechnung getragen werden soll.

b) Ausländische (U.S.) Tochtergesellschaften einer Schweizer Unternehmung in einem U.S.-Verfahren

In den USA gilt, wie oben gezeigt, das HBÜ nicht zwingend. Andere Lösungen zur Beweiserhebung sind nach der U.S.-amerikanischen Praxis möglich. Gerichte in den USA können insbesondere auf eine *de facto*-Kontrolle

⁵² KILLIAS/KRAMER/ROHNER, 948.

⁵³ FRANK/MESSMER/STRÄULI, § 231 N 2 ff.

von Unternehmen in den USA durch ausländische Gruppengesellschaften abstellen und ihre Zuständigkeit extraterritorial ausweiten.

Ausländische Tochtergesellschaften bzw. Gruppengesellschaften von Schweizer Unternehmen können in dieser Konstellation von U.S.-amerikanischen Verfahren betroffen sein. Zu prüfen ist somit, inwieweit und wie sich die Schweizer Gruppengesellschaft vor e-Discovery-Verfahren U.S.-amerikanischer Prägung schützt oder eine e-Discovery vermeiden kann.

Bei einer Widersetzung einer Partei gegen Verfügungen des Gerichts können der Prozesspartei (Konzerntochter) Sanktionen auferlegt werden. Dies wird nach der «doctrine of spoliation» als sog. «contempt of court» bezeichnet.

Die Folge davon kann der Ausschluss von eigenen Beweismitteln sein, was selbstredend einen massiven Einschnitt in die Parteirechte darstellt. Denkbar unter U.S.-amerikanischem Recht ist eine damit verbundene Beweislastumkehr bzw. die Annahme eines Sachverhalts, der sich negativ auf die Partei auswirkt, welche sich den Beweiserhebungen nach U.S.-amerikanischem Recht widersetzt (dies wird als sog. «negative inference» bezeichnet). Schliesslich besteht bei Nichtbeachtung einer Discovery-Verfügung das Risiko, dass das zuständige Gericht Bussen und/oder andere finanzielle Sanktionen verfügt.

Aufgrund dieser Ausgangslage ist zu bezweifeln, ob sich die nicht amerikanische Partei (deren Gruppengesellschaft in den USA domiziliert und in einem U.S.-Verfahren involviert ist) mit Verweis auf zwingende Bestimmungen von ausländischen Datenschutzgesetzen oder Blocking-Statutes – insbesondere Strafnormen – wie Art. 271 und Art. 273 StGB gegen weitreichende Discovery-Verfügungen eines U.S.-amerikanischen Gerichts wehren kann.

6. Fazit und provokative Thesen zur e-Discovery

Aufgrund des bisher Besprochenen ergeben sich als Fazit folgende Aussagen: Zwischen den angelsächsischen und den kontinental-europäischen Rechtskreisen bestehen im Verfahrensrecht grosse Unterschiede. Besonders die Frage der Discovery rückt dabei ins Zentrum und verdeutlicht die diametral verschiedenen Ansatzpunkte. Gleichzeitig ist unbestritten, dass die weltweite elektronische Vernetzung rasant voranschreitet.

Die Ansätze betreffend Beweiserhebung könnten nicht unterschiedlicher sein. Es ist keine schnelle Lösung in Sicht, da beide Systeme erhebliche Defizite aufweisen und wohl – aus einer objektiven Optik heraus – kein System besser als das andere ist.

Im Bereich kontinental-europäischer «Civil law»-Länder fällt als Defizit die ungenügende Berücksichtigung der Wahrheitsfindung auf, was gerade in den USA kritisiert wird. Diese ergibt sich durch die grundsätzliche Skepsis

und Zurückhaltung gegenüber Editionsbegehren. Die Voraussetzungen für die Bewilligung eines Editionsbegehrens, d.h. die Bezeichnung bzw. die Bestimmtheit sowie die Relevanz der zu edierenden Dokumente, sind streng. Ferner besteht aufgrund des grossen Unterschieds zum Common law das Risiko, dass die geschäftliche Tätigkeit von schweizerischen oder europäischen Unternehmen in den USA auch die Übernahme von e-Discovery bewirkt. Dies gilt vor allem dann, wenn Daten innerhalb eines Konzerns zentral verwaltet werden.

Im Bereich des angelsächsischen Common law sind dagegen die immensen Verfahrenskosten einer Discovery und insbesondere einer e-Discovery sowie die damit im Zusammenhang stehende, kaum zu bewältigende Datenflut zu nennen. Hinzu kommt die dadurch entstehende Verzögerung der Verfahren.

Es ist davon auszugehen, dass aus den USA zunehmend Druck hinsichtlich Datenaustausch und Herausgabe von Daten entstehen wird. Ob dabei Blocking-Statutes europäischer Art noch wirksam sind, wenn eine amerikanische Gruppengesellschaft einer europäischen Unternehmung mit massiven Sanktionen bei Verstoss gegen eine U.S.-amerikanische Discovery-Verfügung rechnen muss, ist fraglich.

Jedenfalls besteht wohl bei europäischen Unternehmen mit Gruppengesellschaften in den USA Schulungsbedarf hinsichtlich präventiver Möglichkeiten durch einen geeigneten Aufbewahrungsplan (sog. retention plan) und einer Unternehmenspraxis hinsichtlich der Löschung von elektronischen Daten («electronically stored information policy» oder «ESI Policy» genannt).

Die folgenden, eher provokativen Fragen, die nicht abschliessend zu verstehen sind, und die sich daraus ableitenden Thesen könnten daher gestellt werden:

1. Führt der politische Druck im Finanzbereich und im internationalen Steuerrecht (vor allem innerhalb der EU) zu einer allgemeinen Lockerung bezüglich Austausch von Daten und damit auch der Möglichkeit, eine e-Discovery zuzulassen?
2. Fehlt es deswegen an einer notwendigen Lobby in Europa, den Ausforschungsbeweis (zumindest teilweise und mittelfristig) zu verhindern?
3. Haben multinationale Unternehmen überhaupt eine Wahl oder verstossen sie entweder gegen U.S.-amerikanische Discovery-Verfügungen oder gegen europäische Blocking-Statutes?
4. Hätte die Schweiz einen vollen Vorbehalt anbringen müssen?
5. Ist das HBÜ solange gescheitert, als die USA in ihm keinen zwingenden Charakter sehen und kann man die zwingende Anerkennung des HBÜs nur durch die Rücknahme der Vorbehalte gegen Art. 23 HBÜ erreichen?

