

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Band 20

**Das Spannungsverhältnis
zwischen e-Discovery
und Datenschutzrecht**

**Eine Analyse der e-Discovery nach US-Recht
aus datenschutzrechtlicher Perspektive
im Vergleich zur Informationsbeschaffung
für Zivilprozesse in Deutschland und England**

Von

Lennart Sydow



Duncker & Humblot · Berlin

LENNART SYDOW

Das Spannungsverhältnis
zwischen e-Discovery
und Datenschutzrecht

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von
Dirk Heckmann

Band 20

Das Spannungsverhältnis zwischen e-Discovery und Datenschutzrecht

Eine Analyse der e-Discovery nach US-Recht
aus datenschutzrechtlicher Perspektive
im Vergleich zur Informationsbeschaffung
für Zivilprozesse in Deutschland und England

Von

Lennart Sydow



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
hat diese Arbeit im Jahr 2018
als Dissertation angenommen.

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.

D 6

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2363-5479
ISBN 978-3-428-15825-6 (Print)
ISBN 978-3-428-55825-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85825-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand vom 01. September 2018.

Mein herzlicher Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Thomas Hoeren für die Betreuung der Arbeit, viele hilfreiche Anregungen und die gute Zusammenarbeit am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) in Münster. Herrn Prof. Dr. Ingo Saenger danke ich für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Dirk Heckmann für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Internetrecht und Digitale Gesellschaft“.

Die Arbeit ist zum größten Teil während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am ITM entstanden. Der stetige Austausch mit den Kolleginnen und Kollegen und die anregende und freundschaftliche Atmosphäre dort haben mir bei der Anfertigung der Arbeit durchgehend sehr geholfen. Für inhaltliche Anregungen und Diskussionen danke ich insbesondere Markus Andrees und Florian Klein. Für ihre Unterstützung bei der Durchsicht des Manuskripts danke ich zudem Yannick Eckervogt, Florian Neuber, Henning Sydow sowie Anne und Peter Laska. Für ihre unendliche Geduld und liebevolle Unterstützung über die gesamte Zeit danke ich ganz besonders meiner Freundin Lydia Weygoldt.

Über allem steht aber der Dank an meine Eltern, Martina und Michael Sydow, ohne deren Unterstützung diese Arbeit nie entstanden wäre und denen ich alles verdanke. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, Juni 2019

Lennart Sydow

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Überblick	19
II. Stand der Diskussion	21
1. Umgehung der Problematik im Einzelfall	22
2. Lösung durch Eingreifen des Gesetzgebers	23
III. Gang der Untersuchung und deren Grenzen	25
B. Das Spannungsverhältnis zwischen <i>e-discovery</i> und Datenschutzrecht	29
I. <i>e-discovery</i> als Mittel der Informationsbeschaffung für den Zivilprozess ..	29
1. Eintritt in die <i>pretrial</i> -Phase	30
2. <i>Initial disclosure</i>	31
3. Vorlage elektronischer Dokumente als Mittel der <i>discovery</i>	32
4. Gerichtliche Schutzanordnungen – <i>protective orders</i>	34
5. Spezifische Regelungen für <i>discovery</i> bezüglich elektronischer Dokumente	35
a) Begriff der elektronisch gespeicherten Informationen	36
b) Form der Vorlage	37
c) Zusammenstellung der vorzulegenden Dokumente	37
6. Gegenüber Dritten	38
7. Aufbewahrungspflichten ab Kenntnis	39
8. <i>Discovery</i> vor Klageerhebung zur Beweissicherung	40
9. Zwischenergebnis	41
II. Entgegenstehende Vorschriften anderer Rechtsordnungen	41
1. Sanktionen und Nachteile	41
2. Umgang mit entgegenstehenden Verpflichtungen	43
III. Überschneidung mit Verpflichtungen des EU-Datenschutzrechts	44
1. Rechtsdurchsetzung als berechtigtes Interesse	45
2. Übermittlung in Drittstaaten als möglicher Konflikt	46
a) <i>Privacy-Shield</i>	47
b) Geeignete Garantien	47
c) Vollstreckung von Urteilen und Verwaltungsentscheidungen	47
d) Einwilligung aller Betroffenen	48
3. Erforderlich zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen	49
a) Autonome Auslegung	50

b) Nicht streng restriktiv	52
c) Prüfungsmaßstab für Beurteilung der Erforderlichkeit	53
IV. Ergebnis	55
C. Kriterien für die Vereinbarkeit der <i>e-discovery</i> mit Grundprinzipien des EU-Datenschutzrechts	57
I. Herleitung	57
II. Primärrecht	58
1. Anforderungen an Eingriffe	59
2. Wirkung in Privatrechtsverhältnissen	61
III. Eingriffsintensität als Maßstab	61
1. Umfang und Begrenzung der Datenverarbeitung	62
2. Verwendung der Daten und Beschränkung auf ein konkretes Verfahren	66
3. Gerichtliche Kontrolle der Informationsbeschaffung	66
4. Sonstige Grundprinzipien des Datenschutzrechts	67
IV. Ergebnis	67
D. Herangehensweise der funktional äquivalenten Mittel zur Informationsbeschaffung	69
I. Funktion der <i>pretrial discovery</i>	69
II. <i>Disclosure</i> nach den englischen <i>Civil Procedure Rules</i>	70
1. Anordnung durch das Gericht	71
2. <i>Disclosure and Inspection</i>	72
a) <i>Standard disclosure</i>	72
b) Elektronisch gespeicherte Dokumente	73
c) Recht auf Einsichtnahme	73
d) <i>Specific disclosure</i>	75
3. <i>Disclosure</i> vor Klageerhebung	75
a) <i>Norwich Pharmacal order</i>	75
b) <i>Search order</i> – „ <i>Anton Piller order</i> “	77
c) <i>Pre-action disclosure</i>	78
d) Vorprozessualer Informationsaustausch aufgrund von <i>pre-action protocols</i>	81
4. Verpflichtung Dritter zur <i>disclosure</i>	82
5. Sanktionsmöglichkeiten	83
6. Zwischenergebnis	83
III. Mittel der Informationsbeschaffung für den deutschen Zivilprozess	84
1. Funktion	85
2. Verschiedene Mittel zur Behebung der Informationsnot	87
3. Gesetzliche Umkehr der Beweis- und Darlegungslast	88
4. Ausweitungen durch die Rechtsprechung	89
a) Beweislastumkehr und Beweiserleichterungen	89

b) Sekundäre Darlegungslast	92
5. Materielle Informationsansprüche	94
a) Inhalt der materiellen Informationsansprüche	95
aa) Auskunft und Rechnungslegung	95
bb) Vorlage und Besichtigung	96
b) Ansprüche innerhalb rechtlicher Sonderverbindungen	96
aa) Wahrnehmung von Drittinteressen	97
bb) Rechtswidrige Eingriffe	98
cc) Klärung des Inhalts eines bestehenden Anspruchs	99
dd) Sicherung und Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche ..	100
c) Gewohnheitsrechtlich aus § 242 BGB	100
d) Informationsansprüche ohne rechtliche Sonderverbindung	102
aa) Vorlage oder Besichtigung nach § 809 2. Alt BGB	103
bb) Urkundenvorlage nach § 810 BGB	104
cc) Spezialgesetzliche Vorschriften – insbesondere in Umsetzung der Enforcement-Richtlinie	104
dd) Vorlage von Beweismitteln nach § 33g GWB	105
e) Durchsetzung der Informationsansprüche	107
f) Zwischenergebnis	107
6. Prozessuale Informationsmittel	108
a) Einordnung elektronisch gespeicherter Dokumente	109
b) Anordnung von Amts wegen nach §§ 142, 144 ZPO	110
aa) Anordnung gegenüber der nicht beweibelasteten Partei	111
bb) Ermessensentscheidung	113
c) Beweisantritt ohne Zugriff auf Beweismittel	114
aa) Urkundenbeweis nach §§ 421 ff. ZPO	114
(1) Im Besitz des Prozessgegners	115
(2) Im Besitz eines Dritten	115
bb) Augenscheinsbeweis nach §§ 371 ff. ZPO	116
(1) Besitz oder Verfügungsgewalt	116
(2) Gegenüber dem Prozessgegner	117
(3) Bei Dritten	119
d) Selbstständiges Beweisverfahren §§ 485 ff. ZPO	119
aa) Beweissicherung	120
bb) Rechtliches Interesse an Sachverständigengutachten	121
cc) Anordnungen der Vorlage nach §§ 142, 144 ZPO und §§ 371 Abs. 2 i.V.m. 144 ZPO	121
dd) Wirkung der Anordnung	123
e) Zwischenergebnis	123
7. Zwischenergebnis zu den Mitteln der Informationsbeschaffung in Deutschland	124

IV. Ergebnis	125
E. Umfang und Grenzen der Dokumentenvorlage	126
I. Umfang und Grenzen der <i>e-discovery</i>	126
1. Inhaltlicher Bezug zum Verfahren	127
a) Inhaltliche Anforderungen an die Schriftsätze	128
aa) Hintergrund	128
bb) Rechtsprechungsänderung im Jahr 2007	130
cc) Plausibilitätserfordernis	131
b) Relevanz für das Verfahren	135
c) Verhältnismäßigkeit	137
aa) Nicht zumutbar zugänglich	138
bb) Aufwand überwiegt Nutzen für das Verfahren	139
d) Berücksichtigung entgegenstehender Verpflichtungen aus anderen Rechtsordnungen	140
aa) Interessenabwägung zur Anwendbarkeit der <i>discovery</i>	141
bb) Umfangsbeschränkungen	143
e) Zwischenergebnis	145
2. Begrenzung durch Weigerungsrechte – <i>privileges</i>	146
a) Kommunikation innerhalb von Vertrauensverhältnissen	148
b) <i>Right to privacy</i>	149
c) Sonstige Weigerungsrechte	150
d) <i>Work-product rule</i>	152
e) Zwischenergebnis	153
3. Ergebnis zu Umfang und Grenzen der <i>discovery</i>	153
II. Umfang und Grenzen der englischen <i>disclosure</i>	154
1. Inhaltliche Anforderungen an die <i>standard disclosure</i>	154
a) Eingrenzung des Bezugspunkts durch Schriftsätze	155
b) <i>In control of the party</i>	156
c) Bezugserfordernis	157
d) Nachforschungspflicht und Verhältnismäßigkeit	159
2. Weigerungsrechte	160
a) <i>Legal professional privilege</i>	161
b) <i>Privilege against self-incrimination</i>	162
c) Schutz der Privatsphäre	164
d) Sonstige Weigerungsrechte	165
e) Verzicht	167
3. Ergebnis zu Umfang und Grenzen der <i>standard disclosure</i>	167
III. Umfang und Grenzen der deutschen Mittel zur Informationsbeschaffung ..	168
1. Erforderlicher inhaltlicher Bezug zum Sachverhalt	168
a) Verbot der Ausforschung	169

aa)	Der Grundsatz <i>nemo contra se edere tenetur</i>	169
bb)	Ausforschende Beweisanträge	170
(1)	Fehlende Bestimmtheit	171
(2)	Beweisanträge „ins Blaue hinein“	172
cc)	Zwischenergebnis	174
b)	Bezugserfordernis	174
aa)	Erforderlich zur Begründung von Leistungsansprüchen	175
bb)	Prozessuale Vorlageanordnung von Amts wegen	176
(1)	Bezugnahme einer Partei	176
(2)	Bezug zu entscheidungserheblichen Parteibehauptungen ...	177
c)	Erforderlicher Tatsachenvortrag der Parteien als Bezugspunkt	178
aa)	Anhaltspunkte für Bestehen des Leistungsanspruchs	179
bb)	Substantiierungslast und Schlüssigkeit des Tatsachenvortrags ..	181
(1)	Schlüssiger Vortrag der rechtsfolgenrelevanten Tatsachen ..	182
(2)	Erforderliche Bestimmtheit	183
(3)	Erforderliche Anhaltspunkte bei Vermutungen	184
d)	Bezeichnung der vorzulegenden Dokumente	186
aa)	Bezeichnung der Vorlageobjekte materieller Vorlageansprüche ..	186
bb)	Voraussetzung an Bezeichnung für prozessuale Vorlage nach §§ 142, 144 ZPO	188
(1)	Bezeichnung der Beweistatsache und Beweismittel bei Be- weisantritt durch Parteien	189
(2)	Anforderungen bei Anordnung von Amts wegen	190
e)	Zwischenergebnis	193
2.	Einschränkung der Mitwirkung aufgrund entgegenstehender Interessen .	196
a)	Gesetzlich geregelte Zeugnisverweigerungsrechte	196
b)	Berücksichtigung berechtigter Interessen	197
aa)	Entgegenstehende Interessen	199
bb)	Abwägungskriterien	201
cc)	Interessenausgleich ohne vollständigen Ausschluss der Mitwir- kung	202
dd)	Überwiegen des Informationsinteresses	203
c)	Zwischenergebnis	205
IV.	Ergebnis	206
F.	Begrenzung des Zugangs und der Verwendung	209
I.	Zugangsrechte und Zulässigkeit der Weitergabe von Dokumenten im US- Recht	210
1.	Zugang zu Gerichtsdokumenten und den Ergebnissen der <i>discovery</i>	210
a)	Öffentlicher Zugang zu Gerichtsdokumenten	210
b)	Zugang zu sonstigen Ergebnissen des <i>discovery</i> -Verfahrens	211

c)	Übermittlung an Gerichtsakten	212
2.	Weitergabe der Ergebnisse der <i>discovery</i>	213
3.	Geheimhaltung durch <i>protective orders</i>	214
a)	Zugangsbeschränkung auf Anordnung des Gerichts	214
b)	Weitergabeverbot	214
aa)	Inhalt und Durchsetzung	216
bb)	Sonderfall <i>sharing provision</i>	217
4.	<i>Intervention</i> nach FRCP 24	218
5.	Anforderungen an die Anordnung einer <i>protective order</i>	219
a)	<i>Good cause</i> als Voraussetzung	220
b)	Prüfungsmaßstab	221
aa)	Feststellung im konkreten Einzelfall	222
bb)	Öffentliches Interesse an der Transparenz von Zivilverfahren ...	223
cc)	Prozesseffizienz und Schutz privater Interessen durch Geheimhaltung sensibler Informationen	224
dd)	Keine Einzelprüfung	224
c)	Abwägungsmaßstab für die Prüfung im Einzelfall	226
6.	Zwischenergebnis	228
II.	Verwendung der im Zivilprozess erlangten Dokumente und Informationen in England und Deutschland	229
1.	Grundsatz der Öffentlichkeit	230
2.	Zugang zu Gerichtsdokumenten in England und Deutschland	231
a)	Zugang Dritter zu Gerichtsdokumenten in England	231
aa)	Freigabe von weiteren Dokumenten durch das Gericht	231
bb)	Begrenzung des Zugangs im Ausnahmefall	232
cc)	Materielle Rechtsgrundlage aus dem <i>common law</i> und Interessenabwägung	232
b)	Einsichtnahme in Gerichtsakten bei deutschen Zivilgerichten	233
aa)	Akteneinsicht gemäß § 299 ZPO	234
(1)	Rechtliches Interesse	234
(2)	Glaubhaftmachung	237
(3)	Ermessensentscheidung über die Gestattung der Einsichtnahme	237
bb)	Auskunftsanspruch der Presse	239
(1)	Auskunftsberechtigte	239
(2)	Anspruchsinhalt	240
(3)	Auskünfte von Gerichten als verpflichtete Behörde	242
(4)	Anspruch auf nichtanonymisierte Auskünfte	243
(5)	Einsicht in Gerichtsakten als erforderliche Auskunft	244
c)	Zwischenergebnis	246
3.	Weiterverwendung von Dokumenten	247

a) Beschränkung der Verwendung in England durch CPR 31.22(1)	247
aa) Verwendung für das Ausgangsverfahren	249
bb) Vorherige Verwendung oder Erwähnung in einer öffentlichen Verhandlung	251
cc) Erlaubnis durch das Gericht	252
dd) Private Vereinbarungen	254
b) Geringe Relevanz der Weitergabeverbote in Deutschland	255
aa) Eingeschränkte Verfahrensöffentlichkeit und Geheimhaltungs- verpflichtung nach § 174 Abs. 3 GVG	255
bb) Sonstige Weitergabeverbote aus dem Inhalt der Dokumente	258
4. Zwischenergebnis	258
III. Ergebnis	259
G. Gerichtliche Kontrolle	261
I. Durchgehend gerichtliche Kontrolle in Deutschland	261
II. Anordnung der <i>disclosure</i> in England	261
III. Gerichtliche Partizipation und Kontrolle im <i>discovery</i> -Verfahren	263
1. Verständnis und Entwicklung der Rolle des Gerichts im <i>pretrial</i> -Ver- fahren	263
2. Aktive Einflussnahme des Gerichts	264
a) <i>Conference of the parties</i>	264
b) <i>Pretrial conferences</i>	265
aa) <i>Scheduling conference</i>	266
bb) Sonstige <i>pretrial conferences</i>	266
3. Tätigwerden auf Betreiben der Beteiligten	267
IV. Ergebnis zur gerichtlichen Kontrolle über die Informationsbeschaffung . . .	269
H. Gesamtergebnis und Fazit	270
I. Gesamtergebnis	270
II. Fazit	273
Literaturverzeichnis	275
Sachregister	293

Abkürzungsverzeichnis

A.C.	Law Reports, Appeal Cases
Akron L. Rev.	Akron Law Review
ALL E.R	All England Law Reports
Baylor L. Rev.	Baylor Law Review
B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
B.F. Supp Rev.	Boston University Law Review
B.U. J. Sci. & Tech.L.	Boston University Journal of Science & Technology Law
Bus. L. Int'l	Business Law International
CA	Court of Appeal of England and Wales
Cal.	Supreme Court of California
Cal. Ct. App.	California Court of Appeal
Cal. L. Rev.	California Law Review
Campbell L. Rev.	Campbell Law Review
Cap U.L. Rev.	Capital University Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
C.D. Cal.	United States District Court for the Central District of California
Ch.	Law Reports, Chancery Division (3rd Series)
Ch. D.	Chancery Division
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
C.J.Q.	Civil Justice Quarterly
Comm	Queen's Bench Division (Commercial Court)
CPR	Civil Procedure Rules
C.P. Rep.	Civil Procedure Law Reports
D. Ariz.	United States District Court for the District of Arizona
D.C. Cir.	District of Columbia Circuit
D. Colo.	United States District Court for the District of Colorado
D. Conn.	United States District Court for the District of Connecticut
D.D.C.	United States District Court for the District of Columbia
Del. Ch.	Court of Chancery of Delaware
Disp. Resol. Mag.	Dispute Resolution Magazine
D. Mass.	United States District Court for the District of Massachusetts
D. Minn.	United States District Court for the District of Minnesota
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DS-RL	Datenschutzrichtlinie

Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative and International Law
Duke L.J.	Duke Law Journal
D. Utah	United States District Court for the District of Utah
E.D. La.	United States District Court for the Eastern District of Louisiana
E.D. Mich.	United States District Court for the Eastern District of Michigan
E.D. N.Y.	United States District Court for the Eastern District of New York
E.D. Pa.	United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania
E.M.L.R.	Entertainment and Media Law Reports
EuBVO	Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen
EuGVVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZVO	Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten („Zustellung von Schriftstücken“) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates
EWCA	England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions
EWHC	High Court of England and Wales
Fed. Cir.	United States Court of Appeals for the Federal Circuit
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
F.R.D.	Federal Rules Decisions
F.S.R.	Fleet Street Reports
F. Supp	Federal Supplement
F. Supp. 2d	Federal Supplement, Second Series
F. Supp. 3d	Federal Supplement, Third Series
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
Ga. St. U. L. Rev.	Georgia State University Law Review
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Comm. & Ent. L.J.	Hastings Communications and Entertainment Law Journal

Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
HBÜ	Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970
HL	House of Lords
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
Int'l J. Evidence & Proof	International Journal of Evidence & Proof
J. Comp. L.	Journal of Comparative Law
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
Md. B.J.	Maryland Bar Journal
M.D.N.C.	United States District Court for the Middle District of North Carolina
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
N.C. Cent. L. Rev.	North Carolina Central Law Review
N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
N.D. Cal.	United States District Court for the Northern District of California
N.D. Ill.	United States District Court for the Northern District of Illinois
N.D. Tex.	United States District Court for the Northern District of Texas
N.D. W.Va.	United States District Court for the Northern District of West Virginia
N.J.	Supreme Court of New Jersey
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nw. J. Tech. & Intell. Prop.	Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property
N.Y. App. Div.	Supreme Court of the State of New York Appellate Division, First Department
N.Y. Sup. Ct.	New York Supreme Court
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
Ohio Ct. App.	Ohio Court of Appeals
Penn St. L. Rev.	Penn State Law Review
QB	Law Reports, Queen's Bench (3rd Series)
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division
Regent U. L. Rev.	Regent University Law Review
Rich. J. Global L. & Bus.	Richmond Journal of Global Law and Business
Rich. J. L. & Tech.	Richmond Journal of Law & Technology
San Diego Int'l L.J.	San Diego International Law Journal
Santa Clara High Tech. L.J.	Santa Clara High Technology Law Journal
S. C. L. Rev.	South Carolina Law Review
S. Ct.	Supreme Court Reporter

S.D. Cal	United States District Court for the Southern District of California
S.D. Fla.	United States District Court for the Southern District of Florida
S.D. N.Y.	United States District Court for the Southern District of New York
S.D. W.Va.	United States District Court for the Southern District of West Virginia
Sedona Conf. J.	The Sedona Conference Journal
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Suffolk U. L. Rev.	Suffolk University Law Review
T.C.	United States Tax Court
TCC	High Court of Justice Queen's Bench Division Technology and Construction Court
Tex.	Supreme Court of Texas
Tex. App.	Court of Appeals of Texas
T. M. Cooley L. Rev.	Thomas M. Cooley Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U.K.H.R.R.	United Kingdom Human Rights Reports
U. Kan. L. Rev.	University of Kansas Law Review
UKSC	United Kingdom Supreme Court
U. Mich. J. L. Reform	University of Michigan Journal of Law Reform
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States Reports
U. Tol. L. Rev.	University of Toledo Law Review
Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
Wash. Ct. App.	Court of Appeals of Washington
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
W.D. N.Y.	United States District Court for the Western District of New York
W.D. Pa.	United States District Court for the Western District of Pennsylvania
WL	Westlaw
W.L.R.	Weekley Law Reports
WP	Working Paper
2d Cir.	United States Court of Appeals, Second Circuit
3d Cir.	United States Court of Appeals, Third Circuit
4th Cir.	United States Court of Appeals, Fourth Circuit

5th Cir.	United States Court of Appeals, Fifth Circuit
7th Cir.	United States Court of Appeals, Seventh Circuit
9th Cir.	United States Court of Appeals, Ninth Circuit
10th Cir.	United States Court of Appeals, Tenth Circuit
11th Cir.	United States Court of Appeals, Eleventh Circuit

Im Übrigen wird verwiesen auf: *Kirchner; Hildebert/Böttcher; Eike*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin 2015.

A. Einleitung

I. Überblick

Die Übermittlung personenbezogener Daten in die USA und andere Staaten, die nicht Teil der Europäischen Union sind, sogenannte Drittstaaten, ist seit langem einer der problematischsten Bereiche des Datenschutzrechts. Spätestens durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Unwirksamkeit der Safe Harbor-Entscheidung der EU-Kommission und die dadurch entstandene Legitimationslücke für die Datenübermittlung in die USA wurde die Dringlichkeit der Problematik auch einer breiten Öffentlichkeit bewusst.¹ Dies konnte auch durch den Abschluss des Privacy Shield-Abkommens nicht vollständig gelöst werden. Zum einen bestehen an dessen Vereinbarkeit mit dem einschlägigen Unionsrecht in Form der Datenschutz-Grundverordnung sowie dem Primärrecht der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention zumindest Zweifel.² Zum anderen kann auch dieses Abkommen eine Datenübermittlung nur so weit rechtfertigen, wie alle in der Situation beteiligten datenverarbeitenden Stellen sich diesen Grundsätzen unterworfen haben. Daher bleibt in vielen Situationen des Wirtschaftslebens die Frage, ob – und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen – eine rechtmäßige Übermittlung personenbezogener Daten in die USA möglich ist.

Ein prominentes Beispiel für einen derartigen Konflikt bildet aktuell die Situation, dass Unternehmen von US-Behörden insbesondere zum Zwecke der Strafverfolgung zur Vorlage von Dokumenten verpflichtet werden.³ Neben dieser Strafverfolgungssituation und einer unbegrenzten Vielzahl unmittelbar wirtschaftlicher Interessen kann sich ein Bedürfnis zur Übermittlung von Daten in Drittstaaten aber auch daraus ergeben, dass dies erforderlich ist, um erfolgreich ein zivilgerichtliches Verfahren in den USA zu führen.⁴ Wer in den USA an

¹ EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14, Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner, NJW 2015, 3151 f.

² Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 238, 49 ff.; Pauly, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 45 Rn. 19 ff.

³ Vgl. hierzu United States v. Microsoft Corp., 138 S. Ct. 1186 (2018); United States v. Microsoft Corp., 138 S. Ct. 356 (2017); Matter of Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp., 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016); Metz/Spitka, ZD 2017, 361, 361 ff.; Spies, ZD-Aktuell 2018, 4291; Spies, ZD-Aktuell 2017, 5829.

⁴ Siehe aktuell zum Beispiel BrightEdge Techs., Inc. v. Searchmetrics GmbH, 2017 WL 5171227, 2 (N.D. Cal. 2017) = ZD 2018, 76; Knight Capital Partners Corp. v. Henkel Ag & Company, KGaA, 290 F.Supp.3d 681, 687 (E.D. Mich. 2017).

einem Zivilverfahren beteiligt ist, sieht sich der Verpflichtung zur Mitwirkung an der sogenannten *pretrial discovery* ausgesetzt. Dabei handelt es sich um eine Verfahrensphase vor der Hauptverhandlung, in der die Parteien den Sachverhalt ermitteln und Unterlagen und Informationen über vorhandene potentielle Beweismittel austauschen. Ähnliche Ansätze gibt es im gesamten anglo-amerikanischen Rechtskreis.⁵ Dies umfasst unter anderem, dass die Beteiligten dazu verpflichtet sind, Dokumente und Informationen offenzulegen und auf Verlangen zu übermitteln.⁶ Da die überwältigende Mehrheit von Informationen heutzutage elektronisch gespeichert ist, bezieht sich auch die *pretrial discovery* mittlerweile größtenteils auf elektronisch gespeicherte Dokumente.⁷ Diese *discovery*-Maßnahmen zur Vorlage elektronisch gespeicherter Dokumente werden üblicherweise unter dem Begriff der *electronic discovery*, kurz *e-discovery*, zusammengefasst. Die für die vorliegende Untersuchung anlassgebende Problematik ergibt sich daraus, wenn diese Verpflichtung zur Offenlegung und Vorlage ein Unternehmen trifft, welches entweder seinen Sitz oder eine Niederlassung innerhalb der europäischen Union hat oder aus anderem Grund Daten verarbeitet, die unter europäisches Datenschutzrecht fallen. Dies kann zu der Situation führen, dass das Unternehmen gleichzeitig die Vorlageverpflichtung des US-Zivilverfahrens und die Vorgaben des europäischen Datenschutzrechts, wonach eine Übermittlung in Nicht-EU-Staaten nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist, erfüllen muss. Wenn diese Verpflichtungen aufeinandertreffen, wird daher vielfach angenommen, dass sich betroffene Unternehmen zwischen der Verpflichtung der Mitwirkung im *discovery*-Verfahren nach US-Recht und dem europäischen Datenschutzrecht in einem Konflikt befinden, der sich aus den entgegengesetzten Pflichten der Offenlegung von Dokumenten und der Sparsamkeit bei der Datenverarbeitung ergibt, und die Unternehmen praktisch vor einer unlösbaren Aufgabe stehen, wenn sie versuchen, beiden Anforderungen gerecht zu werden; jedenfalls wird ein erhebliches Spannungsverhältnis zwischen beiden Verpflichtungen angenommen.⁸ Dass das Aufeinandertreffen dieser beiden Verpflichtungen in Zukunft noch an Bedeutung gewinnen wird, ist vor allem aufgrund der schärferen Sanktionsmöglichkeiten der Datenschutz-Grundverordnung im Vergleich zur Datenschutzrichtlinie und der Problematik, dass bei Daten, die auf Cloud-Servern gespeichert sind, deren Belegenheitsort nur schwer festzustellen ist, wahrscheinlich.⁹

Die vorliegende Arbeit untersucht dieses Spannungsverhältnis zwischen der *e-discovery* und dem europäischen Datenschutzrecht. Sie soll klären, ob dahinter

⁵ *Hay/Schlosser*, 1 f.

⁶ Siehe unten B. I.

⁷ Siehe unten B. I. 5.

⁸ Siehe dazu sogleich unter A. II.

⁹ *Curran*, 51 *Akron L. Rev.* 2017, 857, 881 ff.; *Kessler/Nowak/Khan*, 17 *Sedona Conf. J.* 2016, 575, 593.

tatsächlich ein unlösbarer spezifischer Konflikt derart besteht, dass die *e-discovery* als Instrument der Informationsbeschaffung für den Zivilprozess mit dem Datenschutzrecht unvereinbar ist, oder ob sich lediglich das insgesamt unterschiedliche Datenschutzverständnis zwischen der EU und den USA auch in dieser Situation auswirkt, was im Einzelfall zu Schwierigkeiten führen kann. Dazu wird die *e-discovery* als Mittel der Informationsbeschaffung im Rahmen einer vergleichenden Betrachtung der funktional äquivalenten Regelungen in England und Deutschland aus datenschutzrechtlicher Perspektive beurteilt. Soweit nicht die *e-discovery* als Mittel der Informationsbeschaffung spezifisch mit dem Datenschutzrecht unvereinbar ist, kann die Übermittlung von Daten zu diesem Zweck, obwohl aufgrund allgemein unterschiedlicher rechtlicher Bedingungen aus europäischer Sicht vielfach davon ausgegangen wird, dass in den USA insgesamt kein angemessenes Datenschutzniveau besteht, weitgehend mit dem Datenschutzrecht in Einklang gebracht werden. Ein unlösbarer Konflikt für die betroffenen Unternehmen kann dann, auch wenn im Einzelfall einiger Aufwand notwendig ist, vermieden werden, insbesondere durch die Erlaubnis zur Übermittlung im für die Rechtsdurchsetzung erforderlichen Maß in Art. 49 Abs. 1 lit. e DS-GVO. Eine über die Beurteilung dieser speziellen Situation hinausgehende allgemeine Beurteilung des Datenschutzniveaus in den USA kann und soll hier nicht erfolgen.

II. Stand der Diskussion

Das beim Aufeinandertreffen der Verpflichtung zur Mitwirkung an der *e-discovery* und zur Einhaltung des Datenschutzrechts entstehende Spannungsverhältnis und die daraus folgende Konfliktlage für die betroffenen Unternehmen wird weitgehend problematisch gesehen. Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Unternehmen sich in einem kaum lösbaren Dilemma befinden.¹⁰ Beide Verpflichtungen seien inkompatibel.¹¹ Jedenfalls wird ein erhebliches Konfliktpotential erkannt.¹² Der Blick auf die Literatur und Praxisanweisungen von Aufsichtsbehörden zu dieser Thematik macht deutlich, dass keine Rechtssicherheit darüber

¹⁰ *Deutmoser/Filip*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Teil 16.6 Rn. 5; *Cutler*, 59 B.C. L. Rev. 2018, 1513, 1524; *Freeman/Duchesne/Polly*, PHi 2012, 22, 22 u. 25; *Klein*, 25 Geo. J. Legal Ethics 2012, 623; *Kurtz*, in: Borges/Meents, § 16 Rn. 26; andere gehen von einer kaum lösbaren Position der Unternehmen aus *Baumann*, 274 ff.; *Berman*, 11 Bus. L. Int'l 2010, 123, 131; *O. Forster/Almughrabi*, 36 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 2013, 111, 126; „... should I be an American criminal, or a European criminal?“.

¹¹ *Geercken/Holden/Rath/Surguy/Stretton*, CRi 2010, 65, 71; *Patzak/Higard/Wybitul*, CRi 2011, 13, 15.

¹² *Brisch/Laue*, RDV 2010, 1, 3; *Gabel*, in: Taeger/Gabel, BDSG-alt, § 4c Rn. 11; *Hladjk*, in: Abel/Behling, Kap. 5 Rn. 210 f.; *Lux/Glienke*, RIW 2010, 603; *von dem Busche*, in: Plath, BDSG-alt, 2. Aufl., § 4c Rn. 14; *Kessler/Nowak/Khan*, 17 Sedona Conf. J. 2016, 575; *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 49 Rn. 14; a. A. *Hanloser*, DuD 2008, 785, 789, der die Problematik als größtenteils gelöst erachtet.