

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung.....	1
A. Skizzierung des Themas.....	1
B. Aufbau und Struktur	6
C. Methode.....	7
D. Herausforderungen und Probleme im Umgang mit der Themenstellung.....	9
I. Allgemeine Herausforderungen der Zivilprozessrechtsvergleichung	10
II. Besondere Herausforderungen der englisch-deutschen Prozessrechtsvergleichung.....	11
E. Begrenzung der Themenstellung.....	13
Teil I: Rechtslage <i>de lege lata</i>	15
<i>Kapitel 1: Rahmenbedingungen</i>	16
A. Institutionelle Rahmenbedingungen	16
I. Die Gerichte	16
II. Der Verfahrensgang	17
III. Die Verfahrensabschnitte	18
IV. Verhältnis von materiellem Recht zum Prozessrecht	21
V. Unterscheidung von Rechts- und Tatsachenfragen	21
B. Die juristischen Protagonisten.....	24
I. Der Richter.....	24
II. Der Anwalt.....	27
C. Reformen der jüngeren Vergangenheit.....	30
I. England	30
II. Deutschland.....	32
D. Wesentliche Grundprinzipien.....	32

E.	Allgemeines zum Zugang zu Information und Beweis	33
F.	Historische Anmerkungen.....	35
I.	England	35
II.	Deutschland.....	37
	<i>Kapitel 2: Disclosure in England</i>	41
A.	Überblick.....	41
I.	Allgemeines zum Beweisrecht.....	41
1.	Beweismaß.....	42
2.	Beweislastverteilung.....	42
3.	Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen.....	44
4.	Beweislastumkehr	44
II.	<i>Documentary disclosure</i>	45
1.	Der Verfahrenspfad <i>fast track</i>	45
2.	Der Verfahrenspfad <i>multi-track</i>	47
3.	Disclosure auf den Verfahrenspfaden <i>fast track</i> und <i>multi-track</i>	48
a)	<i>Standard disclosure</i>	49
b)	<i>Specific disclosure</i>	51
c)	Offenlegung und Einsichtnahme	52
4.	Der Verfahrenspfad <i>small claims track</i>	53
III.	Andere Formen der <i>disclosure</i>	53
1.	<i>Information request</i>	53
2.	Augenscheinsobjekte	54
3.	Zeugenvernehmung vor dem <i>trial</i>	55
B.	Vorprozessualer Informationszugang.....	55
I.	<i>Pre-action protocols</i>	55
1.	Ziel	55
2.	Bisherige Anwendungsgebiete für <i>pre-action protocols</i>	56
3.	Typischer Ablauf des erwarteten frühen Informationsaustauschs	57
4.	Besonderheiten bei <i>personal injury claims</i>	59
5.	Bedeutung der <i>pre-action protocols</i> für die <i>disclosure</i>	59
6.	Erfahrungen der Praxis mit den <i>pre-action protocols</i>	60
II.	Vorprozessuale <i>disclosure</i>	61
1.	Vor Inkrafttreten der CPR.....	61
2.	Nach Erlass der CPR.....	62
III.	Verhältnis der <i>pre-action protocols</i> zur <i>pre-action</i> <i>disclosure</i>	64
C.	Grenzen	65
I.	Schutz von geheimhaltungsbedürftigen Interessen.....	65
1.	Ausgangspunkt und <i>limits of disclosure in order</i> <i>to protect other interests</i>	65

2.	<i>Privilege against self-incrimination</i>	67
3.	<i>Legal professional privilege</i>	68
4.	<i>Public interest immunity und protection of journalists' sources</i>	70
5.	<i>Without prejudice privilege</i>	71
II.	Verbot der <i>fishing expeditions</i>	71
D.	Sanktionen	74
E.	Kosten	74
<i>Kapitel 3: Das funktionale Äquivalent in Deutschland</i>		77
A.	Zugang zu Information und Beweis	77
I.	Grundstruktur durch die allgemeinen Regeln zum Sachvortrag	78
1.	Verteilung der Verantwortung für die Darlegung und den Beweis von Tatsachen	78
a)	Definition	78
b)	Verteilung	80
2.	Erklärungspflicht des Gegners, § 138 Abs. 2 ZPO	81
3.	Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, § 138 Abs. 1 ZPO	82
II.	Informationszugangsrechte	83
1.	Prozessrecht	83
2.	Materielles Recht	84
3.	Bestehen einer ungeschriebenen Aufklärungs- bzw. Prozessförderungspflicht	86
a)	Die Ansicht Stürners	86
b)	Die Auffassung Peters'	87
c)	<i>Nemo tenetur</i> -Urteil 1990 des BGH	88
d)	Zwischenergebnis	90
III.	Prozessleitende Anordnungen von Amts wegen	90
IV.	Zwischenergebnis	90
V.	Entwicklung von Ausgleichsmechanismen durch Rechtsprechung und Gesetzgeber	91
1.	Materiellrechtlicher Auskunftsanspruch gem. § 242 BGB	91
a)	Grundlagen	91
b)	Anwendungsbeispiele	91
c)	Erfordernis einer Sonderverbindung	92
d)	Kritik	93
2.	Neuere materiellrechtliche Informationsansprüche	94
3.	Widerlegbare Rechts- und Tatsachenvermutungen und materielle Beweislastumkehr	95
4.	Sekundäre Darlegungslast	97

a)	Voraussetzungen und Rechtsfolge	97
b)	Fälle	98
5.	Der <i>prima facie</i> -Beweis	100
6.	Sanktionierung der Beweisvereitelung	101
7.	Sonderfall Arzthaftungsrecht	103
8.	Gefährdungshaftung	104
9.	§ 142 ZPO	105
a)	Bezugnahmeerfordernis	105
b)	Ermessen	107
c)	Nutzung der neu geschaffenen Möglichkeiten in der Praxis	109
d)	Zusammenfassung	110
10.	Zwischenergebnis	111
B.	Vorprozessualer Zugang zu Informationen	111
I.	Geltendmachen materiellrechtlicher Auskunftsansprüche	111
II.	Selbstständiges Beweisverfahren	111
III.	Vorprozessuale Korrespondenz zwischen möglichem Gläubiger und Schuldner	113
C.	Grenzen	115
I.	Schutz von geheimhaltungsbedürftigen Interessen	115
1.	Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung	115
2.	Schutz der Vertrauenssphäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant	116
3.	Schutz des Unternehmensgeheimnisses	117
a)	Gegenüber der Öffentlichkeit	118
b)	Gegenüber dem Prozessgegner	118
aa)	Materiellrechtliche Ebene	119
bb)	Rein prozessuale Ebene	120
cc)	Alternative Schutzmechanismen	121
II.	Verbot des Ausforschungsbeweises	124
D.	Sanktionen	127
E.	Kosten	128
	<i>Kapitel 4: Auswertung</i>	130
A.	Funktionsweise	130
I.	Zusammenfassung zum Informationszugang	130
II.	Verteilung der Darlegungs- und Beweislasten und Vermutungen	131
III.	Erklärungspflichten des Gegners	132
IV.	Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht	132
V.	Beweiswürdigung, Beweisvereitelung, <i>prima facie</i> -Beweis	133
VI.	Urkundenvorlage	133
1.	Vergleich zu England und Bewertung	134

2. Verhältnis zu den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast	136
VII. Materiellrechtliche Informationsansprüche.....	137
1. Vergleich zur englischen Lösung	137
2. Abgrenzung zur sekundären Darlegungslast.....	138
B. Vorprozessualer Zugang zu Informationen.....	139
C. Grenzen	141
D. Sanktionen	143
E. Kosten.....	144

Teil II: Rechtslage <i>de lege ferenda</i> : Regelungsbedarf in Deutschland	145
--	-----

<i>Kapitel 5: Meinungsstand in der Literatur</i>	146
--	-----

A. Die Ansicht in der Literatur bis 1990	146
I. Vertreter einer aufklärungsfreundlicheren Auffassung	146
II. Gegner der aufklärungsfreundlicheren Auffassung	148
B. Die Meinung in der Literatur seit 1990	149
I. Zustimmung zur Entscheidung des BGH	149
II. Vertreter einer aufklärungsfreundlicheren Auffassung	151
C. Die Ansicht in der Literatur nach der ZPO-Reform des Jahres 2002	152
D. Konsequenzen für das weitere Vorgehen	153

<i>Kapitel 6: Defizite der deutschen Lösung? Fallbeispiele</i>	156
--	-----

A. Erste Fallgruppe: Behebung des Informationsdefizits	156
I. Veterinärmedizinerin.....	156
II. HIV-kontaminierte Blutkonserven.....	157
III. Erfassung von Ferngesprächsdaten mittels einer Fangschaltung	158
IV. Auswertung der ersten Fallgruppe	159
B. Zweite Fallgruppe: Keine Behebung des Informationsdefizits	162
I. Anzeigenblatt	162
II. <i>Nemo tenetur</i> 1996	164
III. Lockvogel	165
IV. Auswertung durch Vergleich der 1. und der 2. Fallgruppe.....	166
1. Anzeigenblatt und Fangschaltung	166
2. <i>Nemo tenetur</i> 1997 und Veterinärmedizinerin.....	167
3. Unfallzeuge und Lockvogel	168
C. Dritte Fallgruppe: Beispiele aus dem englischen Recht.....	170
I. <i>Waugh v. British Railways Board</i>	170

II.	<i>Harrods Ltd. v. Times Newspapers Ltd.</i>	172
III.	Auswertung der 3. Fallgruppe	174
D.	Vierte Fallgruppe: Änderung der Rechtslage durch § 142 ZPO n. F.	176
I.	Vertrauensfrau.....	176
II.	Aufwendungen durch Vormieterin	176
III.	Einsicht in Unterlagen des streitunbeteiligten Arztes.....	176
IV.	Auswertung der 4. Fallgruppe	177
E.	Zwischenergebnis	178
<i>Kapitel 7: Auswertung der Fallbeispiele am Maßstab des Rechts auf Beweis, des Grundsatzes der Waffengleichheit sowie der Stellung der Wahrheitsfindung.....</i>		182
A.	Recht auf Beweis	183
I.	England	183
II.	Deutschland.....	184
III.	Auswertung.....	185
B.	Grundsatz der Waffengleichheit.....	185
I.	England	186
1.	Allgemeines	186
2.	<i>Equal access to information</i>	186
II.	Deutschland.....	187
1.	Rechtsprechung.....	187
a)	Rechtsprechung des BVerfG zum Beweisrecht.....	188
b)	Ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung.....	189
2.	Literatur	190
III.	Zwischenergebnis.....	190
C.	Wahrheitsfindung als Prozesszweck bzw. als Prozessziel?.....	191
I.	England	191
1.	Pflicht zur Prozesswahrheit.....	191
2.	Wahrheitsfindung als Ziel des Verfahrens.....	193
a)	Wahrheitsfindung ist nicht Ziel des Verfahrens	193
aa)	Pollock und Maitland	193
bb)	Lord Chancellor Viscount Simon	193
cc)	<i>Air Canada</i> -Fall: Lord Denning und Lord Wilberforce.....	194
dd)	Zwischenergebnis	194
b)	Wahrheitsfindung als Ziel des Verfahrens	195
aa)	<i>Higgins v. Higgins</i>	195
bb)	Erstinstanzlicher Richter im <i>Air Canada</i> -Fall.....	195
cc)	Lord Denning in <i>Harmony Shipping</i> und Sir Donaldson in <i>Davies v. Eli Lilly & Co.</i>	196
dd)	Jolowicz und Lord Woolf.....	196
ee)	Zuckerman	197

3.	Bedeutung des <i>overriding objective</i>	197
4.	Bedeutung des <i>disclosure</i> -Verfahrens für den Stellenwert der Wahrheitsfindung	198
5.	Zwischenergebnis	199
6.	<i>Jones v. University of Warwick</i> : Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel?	199
	a) Die Entscheidung	200
	b) Dogmatische Einordnung	201
7.	Zwischenergebnis zum Stellenwert der Wahrheitsfindung in England.....	201
II.	Deutschland.....	202
1.	Prozessmodell, Prozesszweck, Prozessmaximen und Verfahrensgrundsätze.....	202
2.	Die herkömmliche Prozesszweckdiskussion	204
3.	Die Stellung der Wahrheitsfindung in der Prozesszweckdiskussion	205
	a) Formeller und materieller Wahrheitsbegriff	205
	b) Exkurs: Materiale und prozedurale Verfahrensgerechtigkeit.....	206
	c) Auffassung von Stürner	207
	d) Ansicht des BGH.....	207
	e) Meinung des übrigen Schrifttums	209
4.	Die Wahrheitspflicht der Parteien.....	211
5.	Wandel des Prozesszwecks?	212
6.	Stellungnahme	212
	a) Zwischenergebnis Prozesszweck.....	212
	b) Zwischenergebnis Stellung der Wahrheitsfindung	213
7.	Das Verhältnis von Wahrheitsfindung und Persönlichkeitsrecht am Beispiel der Verwertung rechtswidrig erlangter Tatsachen und Beweismittel	216
	a) Einführung	216
	(1) Hormonpräparate	218
	(2) Fangschaltung	218
	(3) Mithören von Telefongesprächen.....	219
	b) Auswertung der Fälle	219
III.	Rechtsvergleichende Betrachtung	221
1.	Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel.....	221
2.	Unterschiedliche Wahrheitskonzepte	222
3.	Ursachen für die verschiedenen Wahrheitskonzepte	223
4.	Zwischenergebnis	224

Kapitel 8: Vereinbarkeit der disclosure mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft?	226
A. Mitwirkungspflichten und der Grundsatz der Parteiherrschaft.....	227
I. Das disclosure-Verfahren und das englische adversarial principle	227
1. Die traditionelle Sichtweise	227
a) Herrschaft über Verfahren, Streitgegenstand und Tatsachen	227
b) Herrschaft über die zu berücksichtigenden Regeln	228
c) Die „emotionale“ Facette.....	229
d) <i>Sporting theory of justice</i>	229
e) Zwischenergebnis	230
2. Die neuere Sichtweise	230
a) Wahre Gerechtigkeit durch offene Informationen	230
b) Wahre Gerechtigkeit durch Vermeidung der Prozessverschleppung.....	231
aa) Durch frühen Informationsaustausch	231
bb) Durch die Stärkung der Stellung des Richters	232
cc) Durch einen funktionaleren Einsatz der disclosure und den Grundsatz der proportionality	232
dd) <i>The parties' duty to cooperate</i>	233
ee) <i>Case management</i>	234
3. Rolle der barristers	236
4. Grenzen	237
5. Auswertung: Disclosure und das adversarial principle	237
6. Zwischenergebnis	239
II. Mitwirkungspflichten und der deutsche Beibringungsgrundsatz	240
1. Aus traditioneller englischer Perspektive	240
2. Aus deutscher Sicht: Inhalt und Reichweite	241
3. Kritik an der Verhandlungsmaxime	243
4. Grenzen, die in der ZPO selbst angelegt sind	245
a) Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht.....	245
b) Verfahrenskonzentration.....	247
c) Materielle Prozessleitung gem. §§ 139, 141, 142, 144 ZPO	248
d) Amtswegige Beweisaufnahme	249
5. Bewertung und Zwischenergebnis.....	250
III. Rechtsvergleichende Auswertung.....	251
IV. Vereinbarkeit der disclosure mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft	252

1. Veränderung der Rollenverteilung zwischen Parteien und Gericht	252
2. Verstoß gegen den <i>nemo tenetur</i> -Grundsatz	253
a) Kritische Würdigung der Herleitung aus dem ersten <i>nemo tenetur</i> -Fall des BGH	253
b) Herleitung in Anlehnung an den Schutz vor Selbstbelastung im Strafverfahren?	256
c) Zwischenergebnis	257
3. Verstoß gegen den Grundsatz der Unzulässigkeit des Ausforschungsbeweises	257
a) Erste Fallgruppe: Beweisantrag ins Blaue hinein	258
b) Zweite Fallgruppe: Fehlende Substantiiiertheit	259
c) Zwischenergebnis	261
4. Veränderung der Beweislastverteilung	261
a) Beruht die Etablierung von Darlegungs- und Beweislasten auf dem Beibringungsgrundsatz?	261
b) Privatautonomer, ökonomischer und liberaler Begründungsansatz	262
c) Praktische Relevanz der dogmatischen Begründung	263
d) Stellungnahme	265
B. Zwischenergebnis	267
<i>Kapitel 9: Schlussfolgerung aus Teil II</i>	268
A. Gerechtigkeitsfunktion	268
B. Exkurs: Einige Anmerkungen zur Effizienzfunktion	271
C. Fazit	273
Teil III: Ausblick: Nutzbarmachung des Grundgedankens der englischen <i>disclosure</i>	275
<i>Kapitel 10: Machbarkeit einer Anleihe</i>	276
A. Grundsätzliche Möglichkeit einer Anleihe im <i>common law</i>	276
I. Meinungsstand	276
II. Zwischenergebnis	279
III. <i>Discovery</i> in einer kontinental geprägten Rechtsordnung – Die japanische Erfahrung	279
1. Historische Entwicklung zwischen <i>civil law</i> und <i>common law</i>	280
2. Die Reform von 1996	281
a) Einführung eines Erkundigungsrechts der Parteien	282
b) Pflicht zur Dokumentenvorlage	283

c)	Lockerung des Subsidiaritätserfordernisses bei der Parteiernennung.....	285
3.	Die Reform von 2003.....	285
a)	Erkundigung vor Klageerhebung.....	286
b)	Maßnahmen zur Beweisgewinnung vor Klageerhebung	287
c)	Dogmatische Grundlage	289
4.	Zwischenergebnis	289
IV.	Rechtskulturelle Besonderheiten in England und Deutschland.....	290
1.	Besonderheiten des englischen Rechts	291
a)	Kostenstruktur des englischen Rechts.....	291
b)	Passivere Stellung des Richters	293
2.	Besonderheiten des deutschen Rechts	294
a)	Existenz materiellrechtlicher Auskunftsansprüche	294
b)	Starkes Verhaftetsein in den Kategorien des materiellen Rechts und des Prozessrechts	295
c)	Der deutsche Beibringungsgrundsatz.....	296
3.	Schlussfolgerungen aus diesen Besonderheiten.....	298
B.	Gefahren, denen im Umsetzungsmodell zu begegnen ist.....	299
I.	Voraussetzungen der Aufklärungspflicht werden zu niedrig angesetzt	299
1.	Anforderungen an die Substantiierungslast	299
2.	Ausnahmen	300
II.	Überfrachtung des Prozesses mit irrelevantem Tatsachenstoff.....	301
III.	Widersprüchliche Ergebnisse gegenüber materiellrechtlichen Auskunftsansprüchen	302
IV.	Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses wird nicht gewährleistet	304
1.	Möglichkeit der Verankerung eines Geheimverfahrens.....	304
a)	Arten von Geheimverfahren	304
b)	Rechtlicher Ausgangspunkt	305
c)	Geheimverfahren in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten als Vorbild?.....	305
d)	Reichweite des Anzeigenblatt-Falls	306
e)	<i>In camera</i> -Verfahren	307
2.	Sonderproblematik im Rahmen von § 142 ZPO n.F.	308
3.	Auflösung des Konflikts und Ergebnis zum Schutz des Unternehmensgeheimnisses	309
V.	Steigerung der Prozesskosten	310
VI.	Mentalitätsbedingte Besonderheiten	311

<i>Kapitel 11: Modelle zur Bewältigung von Informationsdefiziten</i>	314
A. Umsetzungsmodelle in der Literatur	314
I. Einführung eines gesonderten Verfahrens zur Informationsbeschaffung	314
II. Einführung eines vorprozessualen Informationsbeschaffungsverfahrens	315
1. Greger.....	315
2. Gottwald	315
III. Sonstige prozessrechtliche Modelle für erweiterte Informationszugangsrechte.....	315
1. Gottwald	315
2. Greger.....	317
3. Zettel	317
4. Drenckhahn.....	318
IV. Materieellrechtliches Modell für erweiterte Informationszugangsrechte nach Osterloh-Konrad	319
V. Gemischte prozessrechtliche und materieellrechtliche Modelle für erweiterte Informationszugangsrechte	319
1. Lüderitz	319
2. Stürner	320
a) Die Auffassung Stürners in seiner Habilitationsschrift 1976	320
aa) Allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht	321
bb) Vorprozessuale kostensanktionierte Informationspflicht	322
cc) Vorbereitender materieellrechtlicher Informationsanspruch.....	324
b) Die Auffassung Stürners zu verbleibenden Defiziten im Jahr 2006	325
3. Beckhaus	326
B. Der Kommissionsentwurf 1975.....	327
C. Umsetzungsmodelle des <i>Soft-law</i> und der europäischen Gesetzgebung.....	329
I. Storme-Kommission.....	329
II. <i>ALI/UNIDROIT Principles</i>	331
III. RL 2004/48/EG	333
1. Ziel und Inhalt der Richtlinie	333
2. Umsetzungsbedarf im Hinblick auf Art. 6 RL	334
3. Umsetzung in Deutschland.....	334
4. Gelungenheit der Umsetzung in Deutschland.....	335
IV. Weißbuch von 2008 im Kartellrecht	337

<i>Kapitel 12: Auswertung der Lösungsmodelle und Entwicklung eines Vorschlags anhand des Prüfungsrasters aus Teil I</i>	341
A. Funktionsweise	341
I. Prozessrechtliche Anknüpfung	342
II. Lösung der Gerechtigkeitsfunktion.....	346
1. Grundprämisse	346
2. Disclosure-Verfahren oder allgemeine erweiterte Mitwirkungspflicht des Gegners	346
3. Vergleich der Vorschläge Gottwalds und Drenckhahns.....	348
4. Lösung anhand der parteibeherrschten Modelle	349
a) Verankerung der Regeln über die sekundäre Darlegungslast als Grundnorm	350
b) Mitwirkungspflicht des Gegners	351
c) Unbezahlte Klageanträge im Rahmen der Stufenklage.....	354
III. Anmerkungen zur Effizienzfunktion und zum vorprozessualen Informationsaustausch.....	355
1. Gründe für und gegen die Einführung von <i>pre-action protocols</i>	355
2. Regelungsort	357
3. Zulässigkeitsvoraussetzung oder kostenrechtlich sanktionierter Kodex	357
4. Voraussetzungen des vorprozessualen Informationsaustauschs	358
5. Regelungsvorschlag für Verankerung in der ZPO	359
B. Grenzen	359
I. Ausforschungsbeweis	359
II. Weigerungsrechte	359
III. Zumutbarkeitskriterium im Übrigen	360
IV. Keine fehlende Verhältnismäßigkeit.....	360
C. Sanktionen und Kosten	361
Teil IV: Gesamtergebnis und Thesen	363
A. Gesamtergebnis.....	363
B. Thesen	367
Literaturverzeichnis.....	373
Sachverzeichnis.....	391