

VERENA BRANDT

Das englische  
*Disclosure*-Verfahren

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

332

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

332

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





Verena Brandt

# Das englische *Disclosure*-Verfahren

Ein Modell für Zugang zu Information und Beweis  
im deutschen Zivilprozess?

Mohr Siebeck

*Verena Brandt*, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg; Referendariat am OLG Celle; Forschungssemester an der Universität Oxford; Studium (Master of Law) an der Universität Cambridge; Wissenschaftliche Assistentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; Notarassessorin in Hamburg; 2012 Promotion; seit 2012 Notarin in Hamburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-152793-7

ISBN 978-3-16-152512-4

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck, Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis April 2014 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald, der die Arbeit angeregt hat, danke ich von Herzen für seine vielfältige Förderung. Er hat mir wertvolle Hinweise und Denkanstöße gegeben. Herrn Professor Dr. Herbert Roth bin ich für die sehr rasche und freundliche Zweitbegutachtung dankbar. Herr Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann hat mich während meiner Zeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und viele Jahre darüber hinaus in vielerlei Hinsicht freundschaftlich bei der Fertigstellung dieses Projekts unterstützt. Dafür gebührt ihm mein herzlichster und aufrichtigster Dank. Den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard), Herrn Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M. (Univ. of Michigan) sowie Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, bin ich für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ sehr verbunden. Danken möchte ich auch meinen ehemaligen Kollegen am Max-Planck-Institut für viele anregende Gespräche, insbesondere meinen Freunden Herrn Dr. Walter Doralt und Frau Dr. Birke Häcker, M.A. (Oxford).

Besonders prägend für die Erstellung dieser Arbeit war mein Forschungssemester an der University of Oxford, mein Master-Studium an der University of Cambridge sowie meine anschließende Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut. Während meiner Zeit in England haben mir insbesondere Professor Adrian Zuckerman (Oxford) und Professor Neil Andrews (Cambridge) hilfreiche Einblicke in das englische Zivilprozessrecht gewährt, wofür ich Ihnen meinen aufrichtigen Dank schulde.

Frau Maria Schweinberger, Frau Cara Warmuth, Frau Gundula Dau und Frau Ingeborg Stahl bin ich für ihre wertvollen Korrekturarbeiten sehr verbunden.

Ohne die unermüdliche und verständnisvolle Unterstützung meiner geliebten Familie wäre die berufsbegleitende Fertigstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Meinem Mann und meinen Kindern kann ich für ihre Geduld und ihren Rückhalt nicht genug danken.

Hamburg, im Dezember 2014

*Verena Brandt*



# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIII
Einleitung.....	1
Teil I:    Rechtslage <i>de lege lata</i> .....	15
Kapitel 1: Rahmenbedingungen.....	16
Kapitel 2: <i>Disclosure</i> in England.....	41
Kapitel 3: Das funktionale Äquivalent in Deutschland.....	77
Kapitel 4: Auswertung.....	130
Teil II:    Rechtslage <i>de lege ferenda</i> : Regelungsbedarf in Deutschland .....	145
Kapitel 5: Meinungsstand in der Literatur.....	146
Kapitel 6: Defizite der deutschen Lösung? Fallbeispiele.....	156
Kapitel 7: Auswertung der Fallbeispiele am Maßstab des Rechts auf Beweis, des Grundsatzes der Waffengleichheit sowie der Stellung der Wahrheitsfindung .....	182
Kapitel 8: Vereinbarkeit der <i>disclosure</i> mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft? .....	226
Kapitel 9: Schlussfolgerung aus Teil II.....	268

Teil III: Ausblick: Nutzbarmachung des Grundgedankens der englischen <i>disclosure</i> .....	275
Kapitel 10: Machbarkeit einer Anleihe .....	276
Kapitel 11: Modelle zur Bewältigung von Informationsdefiziten.....	314
Kapitel 12: Auswertung der Lösungsmodelle und Entwicklung eines Vorschlags anhand des Prüfungsrasters aus Teil I .....	341
Teil IV: Gesamtergebnis und Thesen .....	363
Literaturverzeichnis.....	373
Sachverzeichnis.....	391

# 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 disclosure</i> .....	64
C.	Grenzen .....	65
I.	Schutz von geheimhaltungsbedürftigen Interessen .....	65
1.	Ausgangspunkt und <i>limits of disclosure in order 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 and 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. Materielle rechtliche 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 &amp; 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

<i>Kapitel 8: Vereinbarkeit der disclosure mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft?</i> .....	226
A. Mitwirkungspflichten und der Grundsatz der Parteiherrschaft.....	227
I. Das <i>disclosure</i> -Verfahren und das <i>englische adversarial principle</i> .....	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 <i>disclo-</i> <i>sure</i> und den Grundsatz der <i>proportionality</i> .....	232
dd) <i>The parties' duty to cooperate</i> .....	233
ee) <i>Case management</i> .....	234
3. Rolle der <i>barristers</i> .....	236
4. Grenzen .....	237
5. Auswertung: <i>Disclosure</i> und das <i>adversarial principle</i> .....	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 <i>disclosure</i> 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 Substantiiertheit .....	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 Parteivernehmung.....	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. Materiellrechtliches Modell für erweiterte Informationszugangsrechte nach Osterloh-Konrad .....	319
V. Gemischte prozessrechtliche und materiellrechtliche 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 materiellrechtlicher 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 Prüfungsrahmens 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) Unbezifferte 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

# Abkürzungsverzeichnis

a.	auch
a.A.	andere Ansicht
A.A.L.R.	The Anglo-American Law Review
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADR	Alternative Dispute Resolution
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S. 1089)
ALI	The American Law Institute
All E.R.	All England Law Reports
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz in der Bekanntmachung vom 12.12.2005 (BGBl. I S. 3394)
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Am.L.Rev.	American Law Review
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
AtomG	Atomgesetz in der Bekanntmachung vom 15.7.1985 (BGBl. I S. 1565)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Mitt	BRAK-Mitteilungen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
Buff.L.Rev.	Buffalo Law Review

## XXIV

*Abkürzungsverzeichnis*

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CA	Court of Appeal
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Ch.	High Court of Justice; Law Reports, Chancery Division (seit 1890)
Civ	Civil Division
C.J.Q.	Civil Justice Quarterly
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Const.L.J.	Construction Law Journal
CPO	Civilprozeßordnung v. 30.1.1877
CPR	Civil Procedure Rules
CPRC	Civil Procedure Rules Committee
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (1.1896-41.1936)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (1.1909-27.1935; 28.1950 ff.)
DSrR	Deutsches Steuerrecht
DWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebd.	ebenda
ECtHR	European Court of Human Rights
EG	Europäische Gemeinschaften
E.H.R.R.	European Human Rights Reports
Einl.	Einleitung
E.I.P.R.	European Intellectual Property Review
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950 (BGBl 1952 II S. 685)
endg.	endgültig
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EWCA	Court of Appeal, Civil Division (England u. Wales)
EWHC	High Court of England and Wales
f. / ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586)
FG	Festgabe
FR	Final Report
FRCPC	Federal Rules of Civil Procedure
FS	Festschrift
GebraMG	Gebrauchsmustergesetz in der Bekanntmachung v. 28.8.1986 (BGBl. I S. 1455)
gem.	gemäß

GeschmacksMG	Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz) v. 12.3.2004 (BGBl. I S. 390)
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz v. 5.5.2004 (BGBl. I S. 718)
GPÜ	Übereinkommen über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt v. 15.12.1975 in der Fassung v. 21.12.1989 (BGBl. II S. 1361 ff.)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HaftPflG	Haftpflichtgesetz in der Bekanntmachung v. 4.1.1978 (BGBl. I S. 145)
HalbleiterschutzG	Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen v. 22.10.1987 (BGBl. I S. 2294)
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Journal
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897 (RGBl. S. 219)
HL	House of Lords
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
insb.	insbesondere
IR	Interim Report
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
J.	Justice
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.I.P.L.	Journal of Personal Injury Law
J.P.I.L.	Journal of Personal Injury Litigation
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
jZPG	japanisches Zivilprozessgesetz
jZPV	japanische Zivilprozessverordnung
Kap.	Kapitel
KOM	Kommissionsdokument(e)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
L.J.	Lord Justice
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
L.Q.R.	Law Quarterly Review

L.S.	Legal Studies
LT	Law Times Reports
LuftVG	Luftverkehrsgesetz in der Bekanntmachung v. 10.5.2007 (BGBl. I S. 698)
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen v. 25.10.1994 (BGBl. I S. 3082)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
M.R.	Master of the Rolls
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit weiteren Nachweisen
m.w.N.	
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz, Zeitschrift für Rechtsentwicklung und Rechtsprechung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung
PatG	Patentgesetz in der Bekanntmachung v. 16.12.1980 (BGBl. 1981 I S. 1)
PD	Practice Directions
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Q.B.	Queen's Bench Division Law Reports, Queen's Bench Division (1891–1901, seit 1952)
Q.B.D.	Queen's Bench Division of the High Court of Justice; Law Reports, Queen's Bench Division (1875–1890)
r.	rule
R.	Regina; Rex
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
R.P.C.	Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases

RSC	Rules of the Supreme Court
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte v. 5.5.2004 (BGBl. I S. 718, 788)
s.	section
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
SortenschutzG	Sortenschutzgesetz in der Fassung v. 19.12.1997 (BGBl. I S. 3164)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tul.L.R.	Tulane Law Review
u.a.	unter anderem
U.Chic.L.R.	University of Chicago Law Review
UmwHG	Umwelthaftungsgesetz v. 20.12.1990 (BGBl. I S. 2634)
Unif.L.Rev.	Uniform Law Review
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1273)
US	United States (Vereinigte Staaten von Amerika)
U.S.	United States Reports
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Bekanntmachung v. 3.3.2010 (BGBl. I S. 254)
v.	vom; versus
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
W.L.R.	Weekly Law Reports
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organisation)
WoM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WZG	Warenzeichengesetz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für den Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International



# Einleitung

## A. Skizzierung des Themas

Der Prozess der Sachverhaltsaufklärung ist von herausragender Bedeutung für das Gerichtsverfahren. Oft sind es vor allem Tatsachenfragen und nicht Rechtsfragen, die den Kernbereich der Differenzen zwischen den Parteien ausmachen.<sup>1</sup> So gibt es auf der einen Seite die Geschichte des Klägers und auf der anderen Seite die des Beklagten; nicht selten sind beide so diametral entgegengesetzt, dass man sich wundern mag, ob beide Seiten wirklich über denselben Sachverhalt sprechen. Der Richter kann den Fall aus eigener Wahrnehmung nicht beurteilen. Gleichwohl ist er dazu berufen, ein Urteil in der Sache zu fällen.

Es stellt sich die Frage, wie ein Zivilverfahren sicherstellt, dass die Versionen von Kläger und Beklagtem schließlich zu einer in sich geschlossenen Sachverhaltsdarstellung verschmelzen. In diesem Zusammenhang wiederum erlangt die nächste Fragestellung Bedeutung, was eigentlich die Zielsetzung des Zivilprozesses ist: lediglich die Streitschlichtung zwischen den beteiligten Parteien oder die Ermittlung der (absoluten) Wahrheit bzw. Wirklichkeit?<sup>2</sup>

Die Fakten eines Falls werden in allen Rechtsordnungen in der mündlichen Verhandlung durch die Erhebung von Beweisen ermittelt.<sup>3</sup> In England, wie in allen übrigen *common law*-Ländern sowie – mit Einschränkungen – in Japan, gibt es darüber hinaus noch ein zusätzliches Mittel, mit Hilfe dessen Sachverhaltsaufklärung bereits vor der mündlichen Verhandlung betrieben wird: das Verfahren der *discovery*, oder wie es in England<sup>4</sup> neuerdings heißt:

---

<sup>1</sup> So auch die Einschätzung von *Lorenz*, *ZZP* 111 (1998), S. 35, 36.

<sup>2</sup> Zu dem Verhältnis von Wahrheit und Wirklichkeit s. *Greger*, *Beweis*, 1978, S. 28 ff.

<sup>3</sup> Der Begriff der Sachverhaltsermittlung wird hier in einem weiten Sinne als Gegenbegriff zur Rechtsfindung verwendet. Der Begriff ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass tatsächlich eine „Ermittlung“ stattfindet. Eine solche ist jedenfalls in Deutschland dem Strafprozess sowie dem Verwaltungsprozess vorbehalten. Im Zivilprozess wird hingegen nicht ein Sachverhalt ermittelt, sondern lediglich eine Überprüfung der von den Parteien aufgestellten Behauptungen auf ihre Richtigkeit hin vorgenommen, s. *Bernhardt*, in: *FG Rosenberg*, 1949, S. 9, 25.

<sup>4</sup> Der Bezug auf das englische Zivilprozessrecht schließt grundsätzlich – sofern nicht ein anderes ausdrücklich bestimmt ist – auch das Zivilprozessrecht von Wales ein, da beide Länder von denselben zivilprozessualen Regeln regiert werden.