CHRISTIAN GOMILLE

Informationsproblem und Wahrheitspflicht

Jus Privatum
210

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 210

Christian Gomille

Informationsproblem und Wahrheitspflicht

Ein Aufklärungsmodell für den Zivilprozess

Mohr Siebeck

Chrtistian Gomille, geboren 1977 in Heidelberg; 1997–2002 Studium der Rechtswissenschaften in München; 2002–2004 Referendariat in München und Paris; 2004–2005 Rechtsanwalt in einer auf IT- und Medienrecht spezialisierten Kanzlei; 2006–2012 wissenschaftlicher Mitarbeiter, Ludwig-Maximilians-Universität München; 2009 Promotion; 2015 Habilitation; seit 2012 Juniorprofessor für Bürgerliches Recht sowie deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht, Universität Augsburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-154612-9
ISBN 978-3-16-154611-2
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts 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 Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2015/2016 als Habilitationsschrift vor. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand vom 30. Juni 2015. Die zum Ende des Jahres in Kraft getretenen Änderungen des UWG wurden ebenso berücksichtigt wie zwischenzeitlich neu aufgelegte Literatur.

Einige Worte des Dankes: Mein verehrter akademischer Lehrer, Professor *Johannes Hager*, hat meine beiden Qualifikationsarbeiten stets mit kritischem Wohlwollen betreut. Während meiner Zeit als sein Mitarbeiter hat er mir die Grundlagen wissenschaftlichen Arbeitens beigebracht und – vor allem – die Freude daran vermittelt. Ich habe sehr gerne an seinem Lehrstuhl gearbeitet. Die Professoren *Hans Christoph Grigoleit* und *Stephan Lorenz* haben mein Habilitationsverfahren als Mentoren unterstützt. Von beiden bekam ich Hilfe und Rat, und zwar nicht nur dann, wenn ich sie darum bat. Bei meinem Wechsel an die Universität Augsburg traf ich auf Kollegen, die auf das in München laufende Verfahren gerne Rücksicht nahmen. *Linda Arnòtfalvy*, *Julia Leinauer* und *Jennifer Ohla* haben meine umfangreichen Kopierlisten abgearbeitet und das Manuskript in seinen verschiedenen Entstehungsphasen mehrfach Korrektur gelesen. Die *Deutsche Forschungsgemeinschaft* hat mein Projekt mit einer großzügigen Sachbeihilfe gefördert.

Ich widme die Arbeit meinen Eltern *Karin* und *Jens* sowie meiner Schwester *Malina*.

München/Augsburg im April 2016 Christian Gomille

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Teil 1

Einleitung und Problembeschreibung

Einleitung 2

1. Kapitel. Begriffe und Konstellationen 3

§ 1 Das Informationsproblem 3

A. Tatsachenabhängige Rechtsanwendung 3
B. Das Beibringen von Tatsachen als Aufgabe der Parteien 4
C. Informationslücken als Rechtsanwendungsproblem 6
I. Die Folgen für die Rechtsanwendung 6
1. Informationslücken – Für die Rechtsanwendung unerheblich? . 6
2. Informationslücken als doppeltes Rechtsanwendungsproblem . . 7
II. Das Spannungsfeld mit legitimen Geheimhaltungsinteressen 8
D. Typische Konstellationen 9
I. Informationslücken im Erkenntnisverfahren 9
1. Tatsachen aus einem fremden Wahrnehmungsbereich 9
2. Negative Tatsachen 10
3. Innere Tatsachen 11
4. Weitere Fälle 12
II. Die Informationslücke und die ordnungsgemäße Klageerhebung . . 13
III. Die Informationslücke in der Zwangsvollstreckung 15
IV. Ab- und Eingrenzung 16
E. Der Begriff des Informationsproblems 17

§ 2 Das Informationsproblem und die Wahrheitspflicht 17

A. Informationsproblem und Gegnerverhalten 17
B. Die Wahrheitspflicht
als Maßstab prozessrechtskonformen Verhaltens 18
I. Das Gegnerverhalten und § 138 Abs. 1 ZPO 18
II. § 138 Abs. 1 ZPO und die Entstehung und Vermeidung
von Informationsproblemen 20

1. Kenntnis von der Wahrheit des Vortrags der risikobelasteten Partei 20
2. Kenntnis von der Unwahrheit des Vortrags der risikobelasteten Partei 20
3. Die aus Sicht der gegnerischen Partei unklare Sachlage 21
4. Die Wahrheitspflicht der risikobelasteten Partei 22
III. Schlussfolgerung 23
C. Wahrheitspflicht und prozessrechtliches Aufklärungsmodell 23
I. Die herkömmlichen Ansätze zum Umgang mit dem Informationsproblem 23
II. Die Missachtung des § 138 Abs. 1 ZPO 25
III. Notwendige Missachtung des § 138 Abs. 1 ZPO? 26
D. Ziel und Gang der Untersuchung 27
I. Das Ziel der Untersuchung 27
II. Der Gang der Untersuchung 27

Teil 2

Die Aufklärungsbeiträge der Parteien

2. Kapitel. Informationsproblem und Wahrheitspflicht in der h.M. 30

§ 3 Die Wahrheitspflicht und *nemo tenetur edere contra se* 30
A. Der unklare Regelungsgehalt von *nemo tenetur edere contra se* 30
B. *Nemo tenetur edere contra se* und das Verbot der erzwungenen Selbstbezichtigung 31
C. *Nemo tenetur edere contra se* und die Parteiautonomie 33
I. Der Dispositionsgrundsatz und *nemo tenetur edere contra se* . . . 34
II. Der Beibringungsgrundsatz und *nemo tenetur edere contra se* . . . 35
1. Herleitung aus dem Beibringungsgrundsatz? 35
2. Vorrang vor § 138 Abs. 1 ZPO wegen des Beibringungsgrundsatzes? 37
D. Die Bedeutung der Behauptungs- und der Beweislast für *nemo tenetur edere contra se* 38
I. Die Beweislastverteilung und *nemo tenetur edere contra se* 38
1. Die objektive Beweislast 38
2. Die subjektive Beweislast 39
a) Begriff 39
b) Die Regeln über den Beweisantritt 39
c) Das Verhältnis zu § 138 Abs. 1 ZPO 40
II. Die Behauptungslastverteilung und *nemo tenetur edere contra se* . 41
1. Begriff 41

2. Die objektive Behauptungslast und *nemo tenetur edere contra se* 41
3. Die tatbestandliche Konkretisierung durch die subjektive Behauptungslast 43
a) Strenge Maßstäbe? 43
b) Großzügige Maßstäbe? 44
E. Die Bedeutung der materiellrechtlichen Auskunftsansprüche 46
I. Materiellrechtliche Auskunftsansprüche und der Klageantrag 46
II. Materiellrechtliche Auskunftsansprüche und schlüssiges Vorbringen 47
III. Materiellrechtliche Auskunftsansprüche und Beweisführung 48
1. §§ 421, 422 ZPO und der vermeintliche Vorrang gegenüber der Wahrheitspflicht 48
2. Die überschätzte Bedeutung der §§ 421, 422 ZPO 48

§ 4 Die Grundsätze über die sekundäre Behauptungslast 50

A. Die sekundäre Behauptungslast: Funktionsweise und Formel der h.M. . 50
B. Die Fallgruppen der sekundären Behauptungslast 52
I. Tatsachen aus einem fremden Wahrnehmungsbereich 52
1. Die frühe Rechtsprechung zu dieser Fallgruppe 52
2. Beispiele jüngeren Erscheinungsdatums 53
II. Negative Tatsachen 54
III. Innere Tatsachen 56
IV. Weitere Fälle 57
1. Sachverständig erfassbare Tatsachen 57
2. Tatsachen im Wahrnehmungsbereich nur der risikobelasteten Partei 58
C. Die dogmatische Einordnung: Umkehr der subjektiven Behauptungslast 59
D. Die sekundäre Behauptungslast und die Bewältigung des Informationsproblems 61
I. Der Effekt auf das Informationsproblem 61
II. Die Fragen nach Tatbestand und Konkurrenzen 61
1. Die Unvollständigkeit der gängigen Formel 61
2. Die inkonsequente Anwendung der gängigen Formel 62
3. Das Verhältnis zu den materiellrechtlichen Auskunftsansprüchen 63
III. Die Frage nach den Rechtsfolgen 63
IV. Die Frage nach der dogmatischen Rechtfertigung 65

§ 5 Die Grundsätze über die Beweisvereitelung 67

A. Die Beweisvereitelung: Funktionsweise und Formel der h.M. 67
B. Die gesetzlichen Regeln über die Beweisvereitelung 69
I. Der Effekt der gesetzlichen Regeln auf das Informationsproblem . 69
II. Die inhaltlichen Beschränkungen 70

1. Urkunde und Augenscheinsobjekt: Die anderweitig angeordnete Auskunftspflicht . . . 70
a) Die Grundregel des § 422 ZPO . . . 70
b) Die Ausnahme gemäß § 423 ZPO . . . 71
2. Die Beschränkungen der Parteivernehmung gemäß § 445 ZPO . 72
a) Allgemeine Voraussetzungen der Parteivernehmung gemäß § 445 ZPO . . . 73
b) Immanente Beschränkungen des § 445 ZPO . . . 74
3. Die weiteren Beschränkungen der gesetzlich geregelten Beweisvereitelung . . . 74
C. Die Fortentwicklung zu den allgemeinen Grundsätzen über die Beweisvereitelung . . . 75
I. Die Erstreckung auf den vereitelten Zeugenbeweis . . . 75
II. Die Erstreckung auf nicht erstellte Beweismittel . . . 76
III. Das Verschuldenserfordernis als einheitliches Merkmal der Beweisvereitelung . . . 76
1. Die Konstellationen . . . 76
2. Die verschiedenen Verschuldensmaßstäbe in diesen Konstellationen . . . 77
a) § 427 Satz 1 Alt. 1 ZPO: Vorsatz . . . 77
b) § 427 Satz 1 Alt. 2 ZPO: Fahrlässigkeit . . . 77
c) § 444 ZPO: Absicht . . . 78
3. Einfaches Verschulden als einheitlicher Maßstab der Beweisvereitelung . . . 78
IV. Der Verzicht auf den materiellrechtlichen Auskunftsanspruch trotz § 422 ZPO . . . 79
1. Die Ausweitung des materiellrechtlichen Anspruchs auf Auskunft, etc. . . . 79
2. Der Verzicht auf den Vorlegungsanspruch bei § 422 ZPO . . . 80
a) Die Vorlage von Patientenunterlagen im Arzthaftungsprozess . . . 80
b) Vorlegungsanspruch und Mängelhaftung I . . . 81
c) Vorlegungsanspruch und Mängelhaftung II . . . 83
D. Die Beweisvereitelung und die Bewältigung des Informationsproblems . . . 83
I. Der Effekt auf das Informationsproblem . . . 83
II. Die unklaren Rechtsfolgen der Beweisvereitelung . . . 84
1. Das Problem der systematischen Verortung . . . 84
2. Beweisvereitelung als Umkehr der objektiven Beweislast . . . 85
a) Die ältere Rechtsprechung . . . 85
b) Die Umkehr der objektiven Beweislast als ungeeignete Rechtsfolge . . . 85
3. Beweisvereitelung als Umkehr der subjektiven Beweislast . . . 86
4. Beweisvereitelung und Beweiswürdigung . . . 88
III. Die offene dogmatische Rechtfertigung der Beweisvereitelung . . . 88

1. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens 89
2. Der Arglisteinwand 90
3. Kompensationsbedürftige wechselseitige Beweisnöte 90
4. Beweisvereitelung und Gewohnheitsrecht 91
5. Deliktsrechtliche Qualifizierung der Beweisvereitelung? 91

3. Kapitel. Informationsproblem und Wahrheitspflicht in alternativen Aufklärungsmodellen 93

§ 6 Das Aufklärungsmodell des U.S.-amerikanischen Zivilprozesses 94

A. Der Begriff des Informationsproblems im U.S.-amerikanischen Zivilprozessrecht 94
I. Das existierende *precedent* 95
II. Das fehlende oder inhaltlich mehrdeutige *precedent* 96
B. Das Informationsproblem vor dem Übertritt in die *pretrial discovery* . 97
I. Die Verfahrensabschnitte 97
II. Das *judgment on the pleadings:* Begriff, Voraussetzungen, Wirkungen 98
III. Die Anforderungen an den Klägervortrag: Von *notice pleading* zu *Twombly/Iqbal* 99
1. Die früheren Anforderungen: *Notice pleading* 100
2. Die Verschärfung der Anforderungen durch *Twombly/Iqbal* . . 102
a) Die Forderung nach einer plausiblen Klagebegründung 102
b) Konkretisierung I: *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* 103
c) Konkretisierung II: *Ashcroft v. Iqbal* 105
3. Die neuralgischen Fallgruppen 107
a) Tatsachen aus einem fremden Wahrnehmungsbereich 107
b) Innere Tatsachen 108
IV. Die Anforderungen an das Verteidigungsvorbringen 109
1. Bestreiten und Zugestehen gegnerischen Vortrags: *denials* und *admissions* 109
2. Qualifizierte Verteidigung I: Die *negative defenses* 111
3. Qualifizierte Verteidigung II: Die affirmative defenses gemäß FRCP 8 (c) 112
a) Begriff 112
b) Entsprechende Geltung der *Twombly/Iqbal*-Grundsätze? . . 113
c) Die h.M.: Beschränkung der *Twombly/Iqbal*-Grundsätze auf den Klägervortrag 114
d) Konsequenzen 115
C. Informationsprobleme im weiteren Verfahrensverlauf 116
I. Fiktiver Verfahrensablauf: *trial* ohne *discovery* 116
II. Die Aufklärungsmaßnahmen im Rahmen von *disclosure* und *discovery* 117

1. Die *discovery* und die Suche nach der Wahrheit 117
2. Die *initial disclosures* 118
3. Die *discovery* 119
III. Verweigerung und Unmöglichkeit 120
1. Das verbleibende Informationsproblem 120
2. Abhilfe gegen das verbleibende Informationsproblem 122
3. *Discovery sanctions* wegen vorsätzlicher Beweisvereitelung . . . 123
a) Die Rechtsgrundlage 123
b) Inhalt und Voraussetzungen der Sanktion 125
c) Die Grenzen dieser Sanktionsmöglichkeit 127
4. *Discovery sanctions* wegen einer Verletzung der *duty to preserve* 128
a) Die Entstehung der *duty to preserve* 128
b) Reichweite und Verletzung der *duty to preserve* 130
aa) Die verbleibenden Problembereiche 130
bb) Notwendige Anhaltspunkte für den Beweiswert 130
cc) Die Grenzen der *duty to preserve* 131
dd) Die Grenzen der *spoliation inference* als *discovery sanction* 132
c) Gerechtfertigter und zufälliger Untergang des Informationsträgers 132
5. Wahrheitspflicht und Verweigerung einer *admission* gemäß FRCP 36 133
D. *Discovery* und Vertraulichkeitsschutz 135
I. *Relevance* im Sinne von FRCP 26 (b) 135
II. *Privilege* im Sinne von FRCP 26 (b) 136
III. Die *protective order* gemäß FRCP 26 (c) 138
1. Das gerichtliche Ermessen 138
2. Nachgewiesene Missbrauchsabsicht 139
3. Zweifelhafte oder sichere tatsächliche Relevanz ohne Missbrauchsabsicht 140

§ 7 Die allgemeine Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses 142

A. Die wechselseitige Offenbarungspflicht zur umfassenden Wahrheitserforschung 142
B. Die Aufklärungspflicht im Anschluss an einen plausiblen Initialvortrag 142
I. Die Funktionsweise dieses Ansatzes 142
II. Die dogmatische Begründung 143
III. Die Bewältigung des Informationsproblems 143
1. Auf der Vortragsebene 143
2. Auf der Beweisebene 145
3. Haupt- und Gegenbeweis 145
C. Die voraussetzungslose allgemeine Aufklärungspflicht 146

I. Die Funktionsweise dieses Ansatzes 146
II. Die dogmatische Begründung 148
III. Die Unvereinbarkeit des Ansatzes mit der *lex lata* 148
D. Die Überprüfung des Gebots einer umfassenden Wahrheitserforschung 150
E. Effiziente Wahrheitserforschung durch adversielle Aufklärungsmodelle mit wechselseitiger Offenbarungspflicht? 152
I. Die zu berücksichtigenden Kostenfaktoren 152
II. Die Entwicklung der Fehlerkosten 153
III. Die Entwicklung der Fehlervermeidungskosten 154
1. Die Justizkosten 154
2. Die Kostenentwicklung infolge bewusst unwahren Parteivorbringens 155
3. Die Kosten missbräuchlicher Ausforschung 156

§ 8 Der soziale Zivilprozess 157

A. Gerichtliche Wahrheitserforschung zur Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips 157
B. Die Funktionsweise dieses Ansatzes 158
C. Die dogmatische Begründung 160
D. Die dogmatischen Einwände gegen den sozialen Zivilprozess 161
I. Sozialstaatsprinzip und zivilprozessrechtliches Aufklärungsmodell 161
II. Die Systematik der verfahrensrechtlichen Aufklärungsmodelle . . . 162
E. Die Ineffizienz inquisitorischer Aufklärungsmodelle in der streitigen Zivilgerichtsbarkeit 163
I. Die Entwicklung der Fehlerkosten 163
II. Die Entwicklung der Fehlervermeidungskosten 164
1. Die Justizkosten 164
2. Die Kostenentwicklung infolge bewusst unwahren Vorbringens 165
3. Die Kosten missbräuchlicher Ausforschung 166

4. Kapitel. Wahrheitspflicht und Sachverhaltsaufklärung I: Dogmatische Herleitung 167

§ 9 Die lediglich subjektiv unwahre Tatsachenbehauptung im materiellen Recht 168

A. Die Hypothese: Subjektiver Wahrheitsverstoß ohne objektive Wahrheitsprüfung 168
B. Die Überprüfung der Hypothese 169
I. Die äußerungsdeliktischen Konstellationen 170
1. Die im Zeitpunkt der Äußerung erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung 170

2. Die im Zeitpunkt der Äußerung erwiesen wahre Tatsachenbehauptung 171
3. Nicht erweislicher Wahrheitsgehalt und gutgläubiger Erklärender 171
4. Nicht erweislicher Wahrheitsgehalt und bösgläubiger Erklärender 172
II. Methoden zur Ermittlung einer lediglich subjektiv unwahren Tatsachenbehauptung 173
1. Die Forderung nach Belegtatsachen 173
2. Dogmatische Einordnung der „Behandlung wie eine unwahre Behauptung“ 174
a) Fehlende Belegtatsache und erwiesene Unwahrheit 175
b) Fehlende Belegtatsache und objektive Beweislast 176
c) Fehlende Belegtatsache und Geständnisfiktion 176
d) Fehlende Belegtatsache und bewusste Unwahrheit 177
C. Die Umsetzung dieser Methoden I: Die Station des Erklärenden 178
I. Hintergrund: Die informationelle Selbstbestimmung und der sog. Ehrschutz 178
II. Die inhaltlichen Anforderungen 179
III. Grenzen: Das sog. Laienprivileg und seine Bedeutung 181
D. Die Umsetzung dieser Methoden II: Die Station des Betroffenen 182
I. Die Forderung nach einer qualifizierten Gegenäußerung 182
II. Die spiegelbildliche Geltung der an den Erklärenden gestellten Anforderungen 183
III. Einfluss des Laienprivilegs auf die qualifizierte Gegenäußerung? . . 184

§ 10 Die Rechtfertigung der lediglich subjektiv unwahren Tatsachenbehauptung 186

A. Das Problem: Die potentielle Wahrheit der lediglich subjektiv unwahren Tatsachenbehauptung 186
B. Der Präventionsgedanke als Lösungsansatz 187
I. Der Präventionsgedanke und Art. 5 Abs. 1 GG 187
II. Die potentielle beabsichtigte Lüge 188
1. Die beabsichtigte Lüge: Ein marginales Problem 188
2. Prozessökonomische Erwägungen 188
3. Der Selbstbestimmungsgedanke des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts 189
4. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung 190
5. Der nachfolgende Wahrheitsbeweis 190
III. Die Tatsachenbehauptung ins Blaue hinein 191
C. Die subjektiv unwahre Behauptung in der forensischen Psychologie . . 192
I. Die Beurteilungskriterien der Aussageanalyse 193
1. Die *Undeutsch*-Hypothese 193
2. Die aussageanalytische Nullhypothese als methodischer Ausgangspunkt 193

3. Die Realkennzeichen zur Entkräftung der aussageanalytischen Nullhypothese . . . 194
a) Inhalts- und Konstanzanalyse . . . 194
b) Die Bewertung der festgestellten Realkennzeichen . . . 196
II. Aussageanalytische und äußerungsrechtliche Methoden zur Bestimmung subjektiv unwahrer Tatsachenbehauptungen . . . 196
1. Die nur eingeschränkte Übertragbarkeit aussageanalytischer Methoden . . . 196
2. Behauptungen über selbst erlebte Tatsachen . . . 197
a) Die Nullhypothese zu Gunsten des Betroffenen . . . 197
b) Belegtatsachen als Realkennzeichen der Äußerung . . . 198
c) Die Gegenäußerung als Realkennzeichen für die Tatsachenbehauptung . . . 198
d) Realkennzeichen wider die Unglaubhaftigkeit der Gegenäußerung . . . 199
3. Behauptungen über nicht selbst erlebte Tatsachen . . . 199
D. Der Unterschied zur vorweggenommenen Beweiswürdigung . . . 201

§ 11 Gemeinsamkeiten von lediglich subjektiv unwahrer Tatsachenbehauptung und dem Parteivorbringen . . . 203

A. Das Problem: Übertragbarkeit äußerungsdeliktischer Erkenntnisse auf den Prozess . . . 203
B. Das Parteivorbringen und Art. 5 Abs. 1 GG . . . 204
I. Die begriffliche Ebene . . . 204
II. Art. 5 Abs. 1 GG und konkurrierende Grundrechtspositionen . . . 205
C. Das Parteivorbringen und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht . . . 206
I. Behauptungen über Verhaltensweisen der jeweils anderen Partei . . . 206
II. Behauptungen über andere Umstände . . . 207
III. Die Lehre vom beschränkten Aussagegehalt der Prozessäußerung . . . 208
D. Die Rollenverteilung im innerprozessualen äußerungsdeliktischen Konflikt . . . 208
I. Der Regelfall . . . 208
II. Gegenbehauptung und Gegenbeweis . . . 209
III. Erstmalige Tatsachenbehauptung durch den Gegner der risikobelasteten Partei . . . 209
1. Das antizipierte Bestreiten . . . 209
2. Sachvortrag zu Gunsten des risikobelasteten Gegners . . . 210

§ 12 Materiellrechtliche Methoden zur Bestimmung des lediglich subjektiv unwahren Parteivorbringens . . . 211

A. Das Problem: Gewährung oder Versagung von Rechtsschutz gegen die Prozessäußerung? . . . 211
B. Die Auswirkungen eines hypothetischen äußerungsdeliktischen Zweitprozesses . . . 212
I. Vor Rechtshängigkeit des Erstprozesses . . . 212

II. Während der Rechtshängigkeit des Erstprozesses 213
III. Nach dem rechtskräftigen Abschluss des Erstprozesses 213
IV. Die sog. Untersagung der Gegenschlagsäußerung 214
C. Die grundsätzliche Unzulässigkeit des äußerungsdeliktischen Zweitprozesses 214
I. Bedenken gegen den äußerungsdeliktischen Zweitprozesses 214
II. Die Prozessäußerung und die Lehre vom materiellrechtlichen Anspruchsausschluss 215
III. Äußerungsdeliktischer Zweitprozess und § 193 StGB 216
IV. Das fehlende Rechtsschutzbedürfnis für den äußerungsdeliktischen Zweitprozess 217
D. Die Reichweite der Unzulässigkeit 218
I. Die gegenständliche Reichweite der Unzulässigkeit 219
1. Bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen 219
2. Die (fehlende) Eignung und Erforderlichkeit zur Rechtsverfolgung 220
3. Der äußerungsdeliktische Zweitprozess im selben Forum 221
II. Die zeitliche Reichweite der Unzulässigkeit 222
1. Der rechtshängige Erstprozess 222
2. Die Zeit vor der Rechtshängigkeit des Erstprozesses 222
3. Die Zeit nach dem rechtskräftigen Abschluss des Erstprozesses 224
III. Die persönliche Reichweite der Unzulässigkeit 225
E. Die ungenügende Wahrheitsprüfung im Erstprozess und die Konsequenzen 225
I. Prämisse I: Der ausgeschlossene äußerungsdeliktische Zweitprozess 226
1. Die Schutzfunktion des Erstprozesses 226
2. Funktionelle Gleichwertigkeit der zivilprozessrechtlichen Wahrheitsprüfung? 226
a) Beispiel nach *BGH*, NJW 1990, 3151 226
b) Die äußerungsrechtliche Wahrheitsprüfung 227
c) Die prozessrechtliche Wahrheitsprüfung 227
d) Fazit 228
II. Prämisse II: Zulässige Äußerungsklage im Forum des Erstprozesses 228
1. Die Widerklage des Gegners der risikobelasteten Partei 229
2. Die objektive Klagenhäufung der risikobelasteten Partei 229
III. Die Konsequenzen 230
IV. Rechtfertigung unterschiedlicher Maßstäbe der Wahrheitsprüfung? 230
1. Die informationelle Selbstbestimmung des Gegners der risikobelasteten Partei 231
2. Die Privatautonomie 231

5. Kapitel. Wahrheitspflicht und Sachverhaltsaufklärung II: Konkrete Ausgestaltung 234

§ 13 Die Initialbehauptung 234

A. Das Problem: Die inhaltlichen Anforderungen 234
B. Denkbar: Umfassende objektive Belegtatsachen 236
I. Strenge Anforderungen an den Initialvortrag 236
1. Die äußerungsdeliktische Parallele 236
2. Der Wortlaut des § 138 Abs. 1 ZPO 236
3. Die Konsequenzen einer solchen Lösung 237
II. Die Untauglichkeit eines solch strengen Maßstabs 237
1. Geständnis und Geständnisfiktion als Realkennzeichen 237
2. Die äußerungsdeliktische Parallele und der Wortlaut des § 138 Abs. 1 ZPO 238
3. Schlussfolgerung 238
C. Denkbar: Subsumierbarkeit als Maßstab 239
I. Ausgangspunkt 239
II. Der sog. Justizsyllogismus 240
D. *Notice pleading* als geeigneter Maßstab für die Initialbehauptung im deutschen Prozessrecht 241
I. Der Standard des *notice pleading* 241
1. Die positive Beschreibung 241
2. Abgrenzungen 242
a) Nach unten: *notice pleading* und *conclusory allegations* 242
b) Nach oben: *plausibility* und *heightened pleading* 243
II. Die Übertragung auf das deutsche Prozessrecht 245
1. Die Initialbehauptung der informierten Partei am Beispiel des Kaufvertrags 245
2. Die Initialbehauptung im Fall eines Informationsproblems . . . 245
3. Die Initialbehauptung und der unbestimmte Rechtsbegriff . . . 247
III. Die Rechtfertigung der Anwendung von *notice pleading* unter der Geltung der ZPO 248
1. Rechtsfolgen eines ausreichenden *pleadings* im U.S.-amerikanischen Zivilprozess 249
a) Der Übertritt in die *discovery* 249
b) Die Lasten der *discovery* 250
c) Das Verständnis von *Twombly* und *Iqbal* vor diesem Hintergrund 251
2. Rechtsfolgen einer ausreichenden Initialbehauptung in der ZPO 252
3. Die Wirkungen einer Abweisung aufgrund mangelnden Klägervortrags 253
IV. *Notice pleading* als Phänomen des gegenwärtigen deutschen Zivilprozessrechts 255

V. Das Problem der Geständnisfähigkeit präjudizieller Rechtsverhältnisse . . . 257
1. Schlussfolgernde Behauptung und *iura novit curia* . . . 257
2. Schlussfolgernde Initialbehauptung und zwingendes Recht . . . 259

§ 14 Das Parteivorbringen im weiteren Verlauf des Verfahrens . . . 261

A. Das Initialbestreiten des Gegners . . . 261
B. Die erwartbaren Belegtatsachen der risikobelasteten Partei . . . 262
I. Die Situation der risikobelasteten Partei . . . 262
II. Die an die informierte Partei gerichteten Regelanforderungen . . . 262
III. Die Erleichterungen zu Gunsten der nicht informierten Partei . . . 263
1. Die Notwendigkeit von Erleichterungen . . . 263
2. Die Umsetzung der Erleichterungen in § 138 Abs. 1 ZPO . . . 265
a) Der Grundsatz . . . 265
b) Tatsachen außerhalb des eigenen Wahrnehmungsbereichs der Partei . . . 265
c) Innere Tatsachen . . . 266
d) Negative Tatsachen . . . 266
e) Lange zurückliegende Ereignisse . . . 267
f) Sachverständig feststellbare Tatsachen . . . 268
C. Die erwartbaren Belegtatsachen für das weitere Bestreiten . . . 269
I. Die Situation des Gegners der risikobelasteten Partei . . . 269
II. Die spiegelbildliche Bestimmung der erwartbaren Belegtatsachen . 269
III. Zusammenwirken von Behauptung und Bestreiten bei der Sachverhaltsaufklärung . . . 270
1. Der Wahrnehmungskreis der Parteien . . . 270
2. Innere Tatsachen . . . 270
3. Negative Tatsachen . . . 271
4. Lange zurückliegende und lediglich sachverständig feststellbare Tatsachen . . . 272
D. Dem Gegenbeweis zugrunde liegende Tatsachen . . . 272
I. Unkenntnis als Problem . . . 272
II. Lösungsmöglichkeiten auf Basis des § 138 Abs. 1 ZPO . . . 273
E. Der Vergleich mit dem Lösungsansatz der h.M. . . . 274

§ 15 Die Beweisebene . . . 276

A. Das fortbestehende Informationsproblem . . . 276
B. § 138 Abs. 1 ZPO und die gesetzlichen Regeln über die Beweisvereitelung . . . 277
I. Die prozessuale Situation . . . 277
II. § 138 Abs. 1 ZPO und der Aussagegehalt des vereitelten Beweises . . . 278
1. Die absichtliche Beweisvereitelung gemäß § 444 ZPO . . . 278
2. Die nicht absichtliche Beweisvereitelung gemäß §§ 371 Abs. 2 und 3, 427 ZPO . . . 279

a) Das unterdrückte Beweismittel 279
b) Der ungewisse Verbleib des Beweismittels 280
III. § 138 Abs. 1 ZPO und der Beweiswert des vereitelten Beweises . . 281
1. Die selbständige Würdigung des vereitelten Beweises 281
2. Tatbestandsbeweismittel 282
3. Zeugnisbeweismittel 282
IV. § 138 Abs. 1 ZPO und die Verweigerung von Vernehmung und Beeidigung 283
1. Die grundlose Verweigerung der Vernehmung 283
2. Die begründete Verweigerung der Vernehmung 284
3. Die Eidesverweigerung 284
C. Die Fortbildung dieser Beweisvereitelung anhand von § 138 Abs. 1 ZPO 285
I. Die beschränkte Reichweite der Regeln über die Beweisvereitelung 285
II. § 138 Abs. 1 ZPO als dogmatischer Ansatz 286
1. Die gleiche Behandlung von wesentlich Gleichem 286
2. Verteilung der subjektiven Beweislast als sachliche Differenzierung? 286
a) Denkbar: Subjektive Beweislast und Ausforschungsschutz . . 286
b) Der anderweitig verwirklichte Ausforschungsschutz 287
3. Gegenschluss zu den gesetzlichen Bestimmungen als sachliche Differenzierung? 288
III. Die Ermittlung der subjektiven Unwahrheit in äußerungsdeliktischer Parallele 289
1. Die Bedeutung des § 138 Abs. 1 ZPO auf der Beweisebene . . . 289
2. Die Regelanforderungen an den Erklärenden und an die risikobelastete Partei 290
a) Die äußerungsdeliktischen Regeln 290
b) Die prozessrechtliche Entsprechung 291
3. Die Erleichterungen für den Erklärenden und für die risikobelastete Partei 292
a) Die äußerungsdeliktischen Regeln 292
b) Die nur eingeschränkte prozessrechtliche Entsprechung . . . 292
4. Die gebotene Verallgemeinerung der äußerungsdeliktischen Regeln 293
D. Die Konkretisierung der Wahrheitspflicht auf der Beweisebene 294
I. Das Zurückhalten vorhandener Beweismittel 294
II. Die unterlassene Dokumentation 295
1. Konstellationen und Problemlagen 295
2. Erwartbarkeit und Dokumentationsobliegenheit 297
3. Die Missachtung der Dokumentationspflicht/-obliegenheit . . . 298
a) Die Bedeutung für das Informationsproblem 298
b) Pflichten-/Obliegenheitsmissachtung mit Nachteilszufügungsabsicht 299

c) Pflichten-/Obliegenheitsmissachtung ohne Nachteilszufügungsabsicht . . . 299
d) Zweifel am dokumentationsbedürftigen Umstand . . . 300
III. Das untergegangene oder abhandengekommene Beweismittel . . . 301
1. Konstellationen und Problemlagen . . . 301
2. Erwartbarkeit und Aufbewahrungsobliegenheit . . . 301
3. Die Missachtung der Aufbewahrungsobliegenheit . . . 303
a) Die vorsätzliche Missachtung . . . 303
b) Fahrlässigkeit und Zufall . . . 304
IV. Das unklare Schicksal des Beweismittels . . . 305
E. Der Vergleich mit dem Lösungsansatz der h.M. . . . 306

§ 16 Zumutbarkeitsgrenzen . . . 308

A. Das Problem: Praktische Konkordanz widerstreitender Interessen . . . 308
B. Das Geheimnis des Gegners der risikobelasteten Partei . . . 310
I. Der Vorrang des Geheimnisses . . . 310
II. Der Vorrang des effektiven Rechtsschutzes . . . 312
1. Undetaillierte Angaben über Betriebsinterna . . . 312
2. Die feststehende Rechtswidrigkeit des Geheimnisses . . . 313
III. Vorrang und Wahrscheinlichkeit . . . 313
1. Grundsatz . . . 313
2. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit . . . 314
a) Wahrscheinlichkeit und Glaubhaftmachung . . . 314
b) Die Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrads . . . 314
aa) Interpretationsvorschläge . . . 314
bb) Keine überwiegende Wahrscheinlichkeit . . . 315
cc) Kein Verzicht auf jede Wahrscheinlichkeit . . . 315
dd) Fazit . . . 316
c) Wahrscheinlichkeitsbegründung und Indizienvortrag . . . 317
d) Wahrscheinlichkeit und Gegenbeweis . . . 318
3. Die Rechtsfolge . . . 318
C. Das Geheimnis der risikobelasteten Partei . . . 319
I. Vorrang des Geheimnisses . . . 319
1. Die abstrakte Schadensberechnung gemäß § 252 Satz 2 BGB . . . 319
2. Die Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB . . . 319
II. Der Aktivprozess der risikobelasteten Partei im Übrigen . . . 320
III. Der Passivprozess der risikobelasteten Partei . . . 321
1. Der Hauptbeweis der risikobelasteten Partei . . . 322
2. Der Gegenbeweis der risikobelasteten Partei . . . 323
D. Die Geheimnisse Dritter . . . 325
I. Die Wertung der §§ 383 ff. ZPO . . . 325
II. Die Anwendung auf die Ausgangsbeispiele . . . 325
E. Praktische Konkordanz durch *in camera*-Verfahren . . . 327
I. Der Ablauf eines *in camera*-Verfahrens . . . 327
II. Das *in camera*-Verfahren und das rechtliche Gehör der Parteien . . . 328

1. Das rechtliche Gehör der risikobelasteten Partei 329
2. Das rechtliche Gehör des Gegners 330
III. Die Rechtsgrundlage für das *in camera*-Verfahren 331
1. Die materiellrechtlichen Grundlagen 331
2. Ihre prozessrechtliche Wirkung 332
3. Das Schließen der verbleibenden Lücken 332

Teil 3

Die Rolle des Prozessgerichts

6. Kapitel. Allgemeine Konfliktlagen 336

§ 17 Offenkundige Tatsachen 336

A. Potentielle Übergriffe in die Parteifreiheit 336
B. Begriffsbestimmung und Abgrenzung 337
I. Offenkundigkeit 337
II. Das private Wissen des Richters 338
C. § 291 ZPO und gegenteiliger Parteivortrag 339
I. Die h.M. 339
II. Wahrheitspflicht und übereinstimmender offenkundig unwahrer Vortrag 339
D. § 291 ZPO und fehlender Parteivortrag 340
I. § 291 ZPO, die Behauptungslast und der Beibringungsgrundsatz . 341
II. Offenkundigkeit und erweiterter Streitgegenstand 342
III. Offenkundigkeit und anspruchsbegründende Tatsachen 343
IV. § 291 ZPO, der fehlende Parteivortrag und die Wahrheitspflicht . . 345
E. Haupt- und Gegenbeweis wider die Offenkundigkeit 345
F. Der Anspruch auf rechtliches Gehör 346

§ 18 Das übereinstimmend unwahre Vorbringen 347

A. Konstellationen des übereinstimmend unwahren Vorbringens 347
B. Das bewusst unwahre Geständnis im Zwei-Personen-Verhältnis 348
I. Die These vom Vorrang des § 138 Abs. 1 ZPO 348
II. § 138 Abs. 1 ZPO als Grundlage gerichtlicher Ermittlungsbefugnisse? 349
1. Begründung der Ermittlungsbefugnis 349
2. Die Fortentwicklung zum Amtsermittlungsgrundsatz 350
3. Der systematische Widerspruch zwischen Amtsermittlung und Zivilprozess 351
III. Der Vorrang des § 288 Abs. 1 ZPO 352
1. Die wertungskonforme Bindungswirkung bewusst unwahren Vorbringens 352
2. Die Bestätigung durch § 290 ZPO 353
3. Die Parallele zur materiellrechtlichen Privatautonomie 353
4. Drohende Umgehung materiellen Rechts? 355

C. Das bewusst unwahre Geständnis zu Lasten Dritter 356
I. Kollusion und Entscheidungswirkung *erga omnes* 357
1. Die Anfechtungsklage gemäß § 246 AktG 357
2. Die Erbunwürdigkeitsklage gemäß § 2342 BGB 358
II. Kollusion und Rechtskrafterstreckung 359
1. Die Fälle der Einzelrechtsnachfolge 359
2. Die Fälle der Prozessstandschaft 360
a) Die gewillkürte Prozessstandschaft 361
b) Die gesetzliche Prozessstandschaft 361
3. Die Fälle der materiellrechtlichen Abhängigkeit 363
III. Kollusion und Interventionswirkung 364
IV. Kollusion und versicherungsrechtliche Bindungswirkung 366
1. Die versicherungsrechtliche Bindungswirkung 366
2. Die Alternativen kollusiven Verhaltens 366
3. Der Schutz des Versicherers 367
V. Die sog. kollusive Gläubigerbenachteiligung 368
1. Beschreibung der Fallgruppe 368
2. Der Schutz des dritten Gläubigers 369
D. Der vermeintliche Sonderfall des § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO 370
E. Unstreitiges unwahres Vorbringen und die Frage nach dem Prozessbetrug 372
I. Dogmatische Konstruktion und Eingrenzung der Problemfälle . . 373
II. Der vollendete Prozessbetrug 374
III. Der versuchte Prozessbetrug 374
1. Der versuchte Prozessbetrug im Standardablauf der Sachverhaltsaufklärung 374
2. Versuchter Prozessbetrug und späteres Geständnis 375
IV. Der Sonderfall des vorweggenommenen Geständnisses 377
V. Die Bestätigung dieser Thesen durch die Wertungen des Restitutionsrechts 378

§ 19 Gelegentlich der Beweisaufnahme entdeckte Tatsachen 380
A. Die Konstellationen dieses Problemkreises 380
B. Der Streitgegenstand als Grenze 381
I. Tatsachen jenseits des Streitgegenstands und die Mindermeinung . 382
II. Tatsachen jenseits des Streitgegenstands und die h.M. 383
C. Tatsachen innerhalb des Beweisthemas 384
I. Der Grundsatz 384
II. Die Reichweite dieses Grundsatzes 384
D. Die Behandlung der verbleibenden Fälle 386
I. Charakteristika der verbleibenden Fälle 386
II. Das tatsächliche zu eigen Machen 386
III. Das unterbliebene zu eigen Machen 387
1. Die Nichtbeachtung der gelegentlich der Beweisaufnahme entdeckten Tatsache 387

2. Die Bestätigung dieser These durch Widerruf und Änderung von Parteivorbringen 388
3. Kein Widerspruch zu § 291 ZPO 389

§ 20 Der äquipollente Gegnervortrag 390

A. Die Konstellation des äquipollenten Vortrags 390
B. Der Streitgegenstand als Grenze 392
C. Im Entscheidungsprogramm identisches Vorbringen 393
I. Tatsachen außerhalb der Tatbestandsmerkmale 393
II. Unterschiedliche Konkretisierungen desselben Lebenssachverhalts . 393
III. Konkretisierung anhand eines Rechtsprechungsbeispiels 395
D. Der doppelrelevante äquipollente Parteivortrag 396
I. Die Charakteristika des doppelrelevanten Parteivortrags 396
II. Das zugestandene doppelrelevante äquipollente Vorbringen 397
III. Das bestrittene doppelrelevante Vorbringen 398
IV. Das doppelrelevante äquipollente Vorbringen als Bestandteil des gegnerischen Bestreitens gemäß § 138 Abs. 2 ZPO 399
E. Restanwendungsbereich für das zu eigen Machen äquipollenten Vorbringens? 400
I. Charakteristika denkbarer Fälle 400
II. Die Probleme bei der Wahlfeststellung 401
III. Die h.M. zum Umgang mit dem vorweggenommenen Geständnis . 402
IV. Die Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtung 402

7. Kapitel. Die richterlichen Aufklärungsbefugnisse gemäß §§ 139 ff. ZPO 405

§ 21 Allgemeine Aufklärungsmaßnahmen nach § 139 ZPO 405

A. Prozessleitung als Befugnisnorm zur eigeninitiativen Sachverhaltsaufklärung? 405
B. § 139 ZPO und die richterliche Inquisition 406
I. § 139 ZPO als Ausdruck der Fürsorge für die schwächere Partei? . 407
II. § 139 ZPO als Mittel zur Akzeptanzförderung und Befriedungswirkung? 408
III. § 139 ZPO als Konkretisierung des Amtsermittlungsgrundsatzes? . 409
C. § 139 ZPO und das rechtliche Gehör 410
I. § 139 ZPO, rechtliches Gehör und *iura novit curia* 410
II. Rechtsanwendung und rechtliches Gehör 411
III. Die Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung im Einzelnen 412
1. Pauschaler Initialvortrag und pauschales Bestreiten 413
2. Hinweispflicht und erwartbare Belegtatsachen auf der Vortragsebene 413
3. Hinweispflicht und erwartbare Belegtatsachen auf der Beweisebene 414
IV. Rechtliches Gehör und Erforderlichkeit des Hinweises 415

1. Der erforderliche Hinweis im Anwaltsprozess 415
2. Der erforderliche Hinweis und das gegnerische Vorbringen . . . 417
D. Hinweispflicht jenseits des Sachverhältnisses i.S.d. § 139 Abs. 1 ZPO . 417
I. Die denkbaren Konstellationen 417
II. Hinweispflicht und Klageänderung 418
1. Hinweis auf die Änderung des Antrags 418
2. Hinweis auf die Veränderung der Tatsachenbasis 419
III. Hinweispflicht und zwingendes materielles Recht 420
E. Hinweise auf Einreden und Gestaltungsrechte? 421
I. Das Problem und die Lösungsansätze 421
II. Die Auslegung des Parteivorbringens 422
III. Die verbleibenden Fälle 424

§ 22 Maßnahmen nach §§ 141 ff. ZPO gegenüber den Parteien . . . 425

A. §§ 141 ff. ZPO als Befugnisnormen zur eigeninitiativen Sachverhaltsaufklärung? 425
B. §§ 141 ff. ZPO und das unstreitige Vorbringen 426
I. Die These 426
II. Die zwingenden beweisrechtlichen Elemente der §§ 141 ff. ZPO . 426
III. §§ 141 ff. ZPO und der zugestandene Vortrag der risikobelasteten Partei 427
IV. Maßnahmen nach §§ 141 ff. ZPO im Vorfeld der gegnerischen Erwiderung 428
1. Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung 428
2. Der ergänzungsbedürftige Initialvortrag 429
C. Funktion und Reichweite der Parteianhörung gemäß § 141 ZPO 430
I. Die Parteianhörung als förmliches Beweismittel? 431
II. Die Parteianhörung als Gegenstand der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO 432
III. Die funktionelle Identität von Parteianhörung und Parteivernehmung bei der Beweiswürdigung 433
1. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung 433
2. Keine Abgrenzung nach dem Beweiswert 434
3. Keine Abgrenzung nach dem Beweisgrund 434
a) Begriff und Abgrenzungskonzept 434
b) Die Verhandlung über das Ergebnis der Beweisaufnahme gemäß § 285 ZPO 435
c) Die Vier-Augen-Fälle 436
4. Die Beeidigungsfähigkeit der Parteivernehmung als maßgeblicher Unterschied 436
a) Die Situationen der Eidesleistung 437
b) Der Zweck der einschränkenden Voraussetzungen gemäß §§ 445 ff. ZPO 438
c) Die weiteren Unterschiede: § 445 Abs. 2 ZPO und § 141 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 ZPO 438

IV. Die Anordnung persönlichen Erscheinens 439
V. Die Rechtsfolgen von Nichterscheinen und Aussageverweigerung . 440
1. Das vollständig verweigerte (weitere) Vorbringen 440
2. § 141 ZPO und der Sachvortrag durch den Prozessvertreter . . . 440
3. Die verweigerte persönliche Anhörung in der Beweiswürdigung 441
D. Funktion und Reichweite der §§ 142, 144 ZPO bei der Sachverhaltsaufklärung 443
I. Der vermeintliche Widerspruch zwischen §§ 422, 423 ZPO und §§ 142, 144 ZPO 444
II. Der Adressat einer Anordnung nach §§ 142, 144 ZPO 445
III. Der Gegenstand einer Anordnung nach §§ 142, 144 ZPO 446
IV. §§ 142, 144 ZPO als Ermessensvorschriften 447
E. Der Sonderfall des § 143 ZPO 448

§ 23 Aufklärungsmaßnahmen gegenüber Dritten 451

A. Das Problem: Die Folgen der Vorlegungsverweigerung durch den Dritten 451
B. Vorlagepflicht des Dritten und Besitzverschaffungsanspruch der Partei 452
I. Fälliger und durchsetzbarer Herausgabeanspruch 452
II. Ansprüche auf Informationserteilung 453
III. Weigerungsrechte des Dritten gemäß §§ 142 Abs. 2, 144 Abs. 2 ZPO 454
1. Die Situation der risikobelasteten Partei 454
2. Die Situation des Gegners der risikobelasteten Partei 455
a) Die These von der Entlastungsfunktion des Weigerungsrechts des Dritten 455
b) Die Grenzen dieser These 456
C. Der fehlende Bezug der Partei zum Informationsträger 457
I. Die Konstellation 457
II. Grundsatz: Entscheidung nach der gesetzlichen Risikoverteilung . 457
III. Verabredung und einseitige Unterstützung als Ausnahmen von diesem Grundsatz 458
D. Der entäußerte Informationsträger 459
I. Die Konstellationen 459
II. Verabredung und einseitige Unterstützung 459
III. Die Bedeutung des Parteiverhaltens 460

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 461

Literaturverzeichnis 475
Stichwortverzeichnis 503

Teil 1

Einleitung und Problembeschreibung

Einleitung

Das herkömmliche Aufklärungsmodell des deutschen Zivilprozesses lässt Verstöße der Parteien gegen die Wahrheitspflicht aus § 138 Abs. 1 ZPO unentdeckt. Dieses Defizit verleiht dem Gegner die Rechtsmacht, Informationsprobleme der risikobelasteten Partei erst auszulösen. So liegt es namentlich, wenn er wahrheitswidrig bestreitet und sodann den Umstand für sich wirken lässt, dass die risikobelastete Partei keinen Zugriff auf die Beweismittel hat, die sie zum Nachweis der wahrheitswidrig bestrittenen Tatsache benötigt.

Dieses Dilemma wird überwunden, wenn § 138 Abs. 1 ZPO die gebotene praktische Bedeutung erhält: In einem ersten Schritt sind deshalb sowohl die Behauptungen als auch das Bestreiten der Parteien zunächst als unglaubwürdig und damit subjektiv unwahr im Sinne des § 138 Abs. 1 ZPO zu unterstellen. Beweisbedürftig wird eine Tatsachenbehauptung danach erst dann, wenn sowohl die risikobelastete Partei für die Behauptung als auch der Gegner für sein Bestreiten ausreichende Belegtatsachen benannt haben, so dass das Prozessgericht an der Unterstellung subjektiv unwahren Vorbringens nicht weiter festhält. Effektiv wird dem rechtswidrig verursachten Informationsproblem jedoch erst dann begegnet, wenn das Prozessgericht subjektiv wahrheitswidrigen Parteivortrag auch auf der Beweisebene berücksichtigen kann. In einem zweiten Schritt hat deshalb der Gegner seine sämtlichen Beweismittel der risikobelasteten Partei zur Verfügung zu stellen. Eine etwaige Weigerung dient regelmäßig dem Zweck, den auf der Vortragsebene begangenen Verstoß gegen die Wahrheitspflicht zu verschleiern. Gemäß § 138 Abs. 1 ZPO i.V.m. dem Gedanken der Beweisvereitelung sieht das Prozessgericht deshalb den Beweis der risikobelasteten Partei ebenso regelmäßig als geführt an.

Dieses grob skizzierte Aufklärungsmodell nutzt die Möglichkeiten, die die prozessrechtliche Wahrheitspflicht ihrem Normzweck entsprechend bietet und bieten soll, um Prozessniederlagen infolge rechtswidrig herbeimanipulierter Informationsprobleme zu begrenzen. Die vorliegende Untersuchung begründet, dass und weshalb es zulässig und geboten ist, § 138 Abs. 1 ZPO in der beschriebenen Weise für die Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess nutzbar zu machen, und zeigt die Folgen auf, die sich daraus für die konkreten Mitwirkungslasten der Parteien ergeben. Der veränderte Umgang mit § 138 Abs. 1 ZPO wirkt sich jedoch auch auf das Verhältnis zwischen den Parteien und dem Prozessgericht aus. Auf diese Auswirkungen geht die Untersuchung ebenfalls in einem selbständigen Abschnitt ein.

1. Kapitel

Begriffe und Konstellationen

Man kann sich der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess und den Rollen, die das Prozessgericht und die Parteien dabei einnehmen, auf sehr unterschiedliche Weise annähern. Dieses erste Kapitel dient dazu, die zentralen Begriffe und Prämissen der vorliegenden Arbeit zu definieren und anhand einzelner Konstellationen näher zu beschreiben.

§ 1 Das Informationsproblem

A. Tatsachenabhängige Rechtsanwendung

Recht und seine Anwendung sind tatsachenabhängig.[1] Es sind tatsächliche Gegebenheiten, die anhand von Rechtssätzen juristisch beurteilt werden.[2] Somit regeln diese Rechtssätze als sog. „verhaltenssteuernde Ordnung" reale Gegebenheiten zwischen den einzelnen Rechtssubjekten.[3] Erfüllen die Rechtssätze ihre Funktion als „verhaltenssteuernde Ordnung" im Einzelfall nicht – etwa weil jemand rechtliche Grenzen bewusst überschreitet, weil Beteiligte eines Rechtsverhältnisses über Gegenstand und Umfang einzelner Verpflichtungen uneins sind, etc. –, so besteht Anlass für einen Zivilprozess als streitige Auseinandersetzung zwischen mehreren Privatrechtssubjekten. Dem Zivilprozess fällt dann die Aufgabe zu, die subjektiven Rechte und Pflichten der Parteien anhand des geltenden Rechts festzustellen und zu verwirklichen.[4] Damit führt der Zivilprozess zugleich zur Bewährung der

---

[1] AK/*E. Schmidt*, ZPO (1987), § 138 Rn. 1; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (6. Aufl. 1991), 278; *E. Schmidt*, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie (1973), 34; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß (1975), 4; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983), 116 f.; vgl. auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (17. Aufl. 2010), § 110 Rn. 1; *M. Kaufmann*, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2002), 374; *Deguchi*, in: FS für *Leipold* (2009), 555, 560 f.

[2] *Braun*, Zivilprozessrecht (2014), 87; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (6. Aufl. 1991), 278; *S. Lorenz*, ZZP 111 (1998), 35, 36.

[3] *Enneccerus/Lehmann*, BGB AT (15. Aufl. 1959), § 30 1. I.; s. auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip (3. Aufl. 2005), 2; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (2013), 6.

[4] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (17. Aufl. 2010), § 1 Rn. 7; *E. Schmidt*, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie (1973), 10; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976), 42 f.; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 f.; *F. Baur*, JBl. 1970,