

RAPHAEL KOCH

Mitwirkungs-
verantwortung
im Zivilprozess

Jus Privatum

174

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 174



Raphael Koch

Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess

Ein Beitrag zum Verhältnis von Parteiherrschaft und Richtermacht,
zur Wechselwirkung von materiellem Recht und Prozessrecht
sowie zur Risikoverteilung und Effizienz im Zivilprozess

Mohr Siebeck

Raphael Koch, geb. 1977; Studium der Rechtswissenschaft in Münster und Cambridge; 2003 Erstes Staatsexamen; 2005 Promotion; 2005 LL.M.; 2007 Zweites Staatsexamen; 2009 EMBA; 2012 Habilitation an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; seit 2012 Universitätsprofessor an der Universität Augsburg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-152657-2
ISBN 978-3-16-152656-5
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.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. 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 aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die Sachverhaltsfeststellung erfolgt an der Schnittstelle von materiellem Recht und Prozessrecht. Eine spannungsgeladene Gemengelage entsteht, der sich diese Untersuchung widmet. Ziel ist es, ein dogmatisches Fundament zu entwickeln, auf dem aufbauend Reichweite und Grenzen der Mitwirkungsverantwortung der Parteien sowie der Darlegungs- und Beweisanforderungen etabliert werden können. Methodisch wird erstens von der Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht ausgegangen, weil auch die Lösungen der jeweiligen Ebene zuzuordnen sind. Im Wege einer ganzheitlichen Betrachtung sind jedoch die vernachlässigten Wechselwirkungen zu konkretisieren. Zweitens wird die Steuerungswirkung der gesetzgeberischen Vorgaben und der Rechtsprechung in den Blick genommen. Der dritte methodische Ansatzpunkt ist die rechtsvergleichende Analyse, um die Vor- und Nachteile andersartiger Konzepte der Tatsachensammlung aufzuzeigen.

Die Arbeit ist im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Habilitationsschrift angenommen worden. Für die Drucklegung wurde sie aktualisiert. Mein herzlicher Dank gilt meinem akademischem Lehrer Herrn Professor Dr. *Ingo Saenger*, der mich zu dem Schritt in die Wissenschaft ermutigte und auf dem Weg zur Habilitation in jeder Hinsicht – weit über die Betreuung der Arbeit hinaus – förderte. Zugleich ließ er mir die notwendigen Freiräume. Die Zeit an seinem Lehrstuhl in Münster wird mir stets in bester Erinnerung bleiben. Herrn Professor Dr. *Johann Kindl* danke ich für die außerordentlich zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Seine wertvollen Anregungen konnte ich für die Drucklegung berücksichtigen. In vielfältiger Weise haben mich Freunde unterstützt – durch Rat und Tat, durch Ablenkung, in der Endphase insbesondere durch Korrekturen und inhaltliche Hinweise. Insoweit seien genannt: *Alex, Annkatrin, Caro, Florian, Matthias, Mirjam* und *Steffen*. Danke! Zudem konnte ich mich auf die studentischen Hilfskräfte am Lehrstuhl in Münster verlassen. Für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses ist der VG WORT zu danken.

Zu besonderem Dank bin ich meinen Eltern, *Elisabeth* und *Reinhard Koch*, sowie meinen Brüdern, *Claudius* und *Sebastian*, verpflichtet, auf deren familiären Rückhalt und Zuspruch ich immer vertrauen kann.

Münster/Augsburg, im Februar 2013

Raphael Koch

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
§1 Einleitung	1

Teil 1

Grundlagen

§2 Relevanz der Informationsbeschaffung.	23
§3 Rechtsvergleichende Grundlagen	45
§4 Europäische und internationale Harmonisierungsbestrebungen und Regelwerke	80

Teil 2

Das Spannungsverhältnis zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht: Parteivortrag und richterliche Prozessleitung als Mittel zur Aufklärung

§5 Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes	97
§6 Grenzen der Hoheit der Parteien	110

Teil 3

Information und Offenlegung

§7 Instrumente zur Beseitigung von Informationsdefiziten	129
§8 Entwicklung einer prozessualen Verwirklichung der Verbindung von Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz	185

§ 9 Die weitergehenden Forderungen nach einer Aufklärungspflicht der Parteien	255
--	-----

Teil 4

Beweiserleichterungen

§ 10 Gesetzliche Beweiserleichterungen	269
§ 11 Richterrechtliche Beweiserleichterungen	291

*Teil 5*Ausgestaltung und Auslegung des materiellen Rechts
als Anreizsystem und als Mechanismus des Interessenausgleichs

§ 12 Materiellrechtlich veranlasste Beweismaßsenkung	327
§ 13 Gesetzgeberische Risikozuweisung über Vermutungen, Fiktionen und Auslegungsregeln	330

Teil 6

Schluss

§ 14 Fazit	347
§ 15 Ergebnisse	356
Literaturverzeichnis	375
Stichwortverzeichnis	401

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
§1 <i>Einleitung</i>	1
I. Problemstellung	2
1. Die rechtliche und rechtspolitische Perspektive: Die Entscheidung auf unsicherer Tatsachengrundlage.	3
2. Die ökonomische Perspektive: Die Steuerungswirkung der Rechtsprechung	5
3. Die Gemengelage aus materiellrechtlicher und prozessualer Mitwirkung der Parteien sowie der Reduktion der Darlegungs- und Beweisanforderungen.	7
II. Wertungsgesichtspunkte zur Konkretisierung der Mit- wirkungverantwortung der Parteien und der Darlegungs- und Beweisanforderungen	10
1. Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht	10
a) Einfluss des Prozessrechts auf das materielle Recht	11
b) Materialisierung des Zivilprozessrechts	13
2. Wechselwirkungen zwischen Mitwirkung und Beweiserleichterungen.	14
III. Ansätze zur Problemlösung	15
IV. Ziel der Untersuchung	17
1. Die Bereinigung der Gemengelage.	17
2. Bedeutung des Verfahrensrechts vor dem europäischen Hintergrund	19
3. Kernfragen	21

Teil 1

Grundlagen

§2 <i>Relevanz der Informationsbeschaffung</i>	23
I. Anforderungen an den Parteivortrag und damit verbundene Schwierigkeiten	24
1. Klageerhebung	24

2. Hauptverhandlung und schriftsätzliche Vorbereitung	25
3. Ergebnis	27
II. Das System der Risikozuweisung	27
1. Behauptungs- und Beweisbedürftigkeit	27
a) Nicht bestrittene Behauptungen und zugestandene Tatsachen	28
b) Offenkundige Tatsachen	28
aa) Offenkundigkeit	29
bb) Behauptungslast	30
cc) Gegenbeweis	32
2. Beweislast	33
a) Objektive Beweislast	33
b) Subjektive Beweislast	35
c) Konkrete Beweisführungslast	36
3. Behauptungslast	36
a) Objektive und subjektive Behauptungslast	36
b) Abstrakte und konkrete Behauptungslast	37
4. Beweiswürdigung	38
5. Beweismaß	39
a) Vollbeweis als Regelpeweismaß	40
b) Glaubhaftmachung	41
6. Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr	42
7. Ergebnis	45
 § 3 Rechtsvergleichende Grundlagen	 45
I. USA	46
1. Klageerhebung und pretrial	47
2. Sinn und Zweck der pretrial discovery	48
3. Instrumente der pretrial discovery im Einzelnen	49
4. Risiken der pretrial discovery und Gegenmaßnahmen	50
5. Grenzen der pretrial discovery	52
a) Privileges	52
b) Protective orders	53
c) Insbesondere: Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen gegenüber dem Prozessgegner	53
6. Folgen einer Mitwirkungsverweigerung	56
7. Fazit zum US-amerikanischen Recht	56
II. England	57
1. Woolf-Reforms	58
2. Disclosure	58
3. Grenzen der disclosure	60

4. Insbesondere: Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen . . .	61
5. Search order (Anton-Piller-Order).	62
6. Fazit zum englischen Recht.	63
III. Österreich	65
1. Materielle richterliche Prozessleitung	65
2. Vorlagepflichten der Parteien.	65
3. Beweiserhebung von Amts wegen	66
4. Weigerungsrechte	67
5. Sanktionen	68
6. Fazit zum österreichischen Recht	68
IV. Schweiz.	69
1. Materielle richterliche Prozessleitung	69
2. Verhandlungsgrundsatz als Ausgangspunkt	70
3. Tatsachenfeststellung	70
4. Mitwirkungslasten und -pflichten	71
5. Weigerungsrechte	71
6. Insbesondere: Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen . . .	72
7. Sanktionen	74
8. Fazit zum Schweizer Recht	74
V. Zusammenfassung.	75
1. Rollenverteilung zwischen Gericht und Parteien.	75
2. Reichweite der Mitwirkungspflichten	76
3. Risiken und Grenzen	77
4. Sanktionsmechanismen	79
5. Fazit zur Rechtsvergleichung.	79
§ 4 <i>Europäische und internationale Harmonisierungsbestrebungen und Regelwerke</i>	80
I. Ansätze im europäischen Zivilprozessrecht: Der Storme-Bericht	81
1. Offenlegungspflichten der Parteien	82
2. Offenlegungspflichten Dritter	83
3. Fazit	84
II. Principles of Transnational Civil Procedure	84
1. Richterliche Prozessleitung und Verhandlungsgrundsatz . .	85
2. Zugang zu Informationen und Beweismitteln	85
3. Sanktionen bei verweigerter Mitwirkung und Kostentragung	86
4. Fazit.	87
III. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit	87
IV. Die Enforcement-Richtlinie und ihre Umsetzung.	90

1. Beweismittelvorlage	91
2. Beweissicherungsmaßnahmen	93
3. Recht auf Auskunft	94
4. Bewertung	95

Teil 2

Das Spannungsverhältnis zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht: Parteivortrag und richterliche Prozessleitung als Mittel zur Aufklärung

§ 5 <i>Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes</i>	97
I. Inhalt und Berechtigung des Verhandlungsgrundsatzes	98
II. Gerichtliche Erörterungs- und Hinweispflicht.	102
III. Beweiserhebung von Amts wegen	104
IV. Mitwirkungsverantwortung der Parteien.	106
V. Fazit.	109
§ 6 <i>Grenzen der Hobeit der Parteien</i>	110
I. Die Erklärungs- und Wahrheitspflicht	111
1. Pflicht zur Wahrhaftigkeit	111
2. Legitimation eines unwahren Tatsachenvortrags.	112
a) Neuregelung der Rechtsbeziehung durch die Parteien.	113
aa) Bindung des Gerichts an übereinstimmende Rechtsauffassungen	114
bb) Prozessökonomische Vorteile	116
cc) Ergebnis	117
b) Zulässigkeit der Beendigung des Verfahrens durch Klagerücknahme, Erledigungserklärung und Prozess- vergleich	117
c) Zulässigkeit von Anerkenntnis und Verzicht	118
d) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis	119
e) Wirkung der gerichtlichen Entscheidung	119
3. Bindung der Parteien und des Gerichts an wahrheitswidrigen Vortrag	120
4. Ergebnis	122
II. Unzulässige Erklärung mit Nichtwissen	123
1. Erkundigungspflicht	124
2. Eigener Organisationsbereich	124
3. Vertretung	126

4. Folge der unzulässigen Erklärung mit Nichtwissen	126
5. Fazit	127
III. Folgerungen für die Aufklärung und Mitwirkung	127

Teil 3

Information und Offenlegung

§ 7 <i>Instrumente zur Beseitigung von Informationsdefiziten</i>	129
I. Materiellrechtliche Ansprüche zur Überwindung von Informationsdefiziten	130
1. Besondere gesetzlich geregelte Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten	130
a) Die Wahrnehmung der Interessen einer anderen Partei	131
b) Eingriff in einen anderen Rechtskreis	132
c) Klärung des Anspruchsinhalts oder bestehender Einwendungen	133
d) Sicherung eines Rechts	134
e) Informationsrechte aus besonderem sozialen Kontakt. .	134
aa) § 809 Var. 2 BGB	135
bb) § 810 BGB	137
(1) Urkunde	137
(2) Zweck oder Inhalt der Urkunde	137
(3) Rechtliches Interesse.	138
(4) Anspruchsgegner.	139
(5) Würdigung	139
2. Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben	140
a) Rechtliche Sonderverbindung	140
b) Entschuldbare Ungewissheit über den Umfang des Rechts	142
c) Keine Möglichkeit der Beschaffung auf zumutbare Weise	142
d) Möglichkeit und Zumutbarkeit der Auskunft	142
e) Inhalt	143
3. Durchsetzung der materiellrechtlichen Informations- ansprüche.	144
4. Fazit	145
II. Prozessuale Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten	146
1. Modifikation der Substantiierungslast.	147
a) Voraussetzungen und Inhalt	147
b) Abgrenzung	149

c)	Würdigung	149
2.	Pflicht zur Vorlage nach §§ 422 ff. ZPO	151
a)	Vorlegungspflicht des Gegners nach bürgerlichem Recht	151
b)	Vorlegungspflicht des Gegners bei Bezugnahme	151
c)	Fazit.	152
3.	Anordnung der Urkundenvorlegung nach § 142 ZPO	152
a)	Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren	153
b)	Vorgeschlagene Einschränkungen	154
aa)	Beschränkung auf Funktion der materiellen Prozessleitung	155
bb)	Übertragung der Voraussetzungen des Urkunden- beweises	157
cc)	Ergebnis	158
c)	Voraussetzungen der Vorlageanordnung	159
aa)	Das Ausforschungsverbot	159
(1)	Bestimmtheit der Tatsachenbehauptung und des Beweismittels	160
(2)	Behauptungen »ins Blaue hinein«	161
(3)	Offene Ausforschung	162
(4)	Fazit	162
bb)	Substantiiertes Tatsachenvortrag	163
(1)	Entwicklung der Rechtsprechung	163
(2)	Würdigung	165
(3)	Ergebnis.	166
cc)	Bestimmte Bezeichnung der Urkunde	166
dd)	Fazit	170
d)	Grenzen der Anordnungsbefugnis.	171
aa)	Richterliche Ermessensausübung.	171
bb)	Ermessensreduzierung auf Null	172
cc)	Ausnahmecharakter	173
e)	Rechtsfolgen bei Nichterfüllung	174
f)	Rechtsmittel gegen Vorlageanordnung oder unterlassene Anordnung	175
g)	Fazit.	176
4.	Ergebnis zu den prozessualen Aufklärungspflichten	177
III.	Würdigung: Der Fortentwicklungsbedarf	177
1.	Verbleibende Unzulänglichkeiten und Fortentwicklungs- optionen	177
2.	Materiellrechtliche und prozessuale Lösung im Vergleich	178
a)	Primat des materiellen Rechts	179
b)	Gleichlauf der inner- und außerprozessualen Rechtslage	179

c) Grenzen materiellrechtlicher Ansprüche	180
d) Prozessuale Lasten- und Pflichtenbegründung.	180
e) Flexibilität und Einheitlichkeit der prozessrechtlichen Lösung	181
f) Möglichkeit zur innerprozessualen Sanktionierung . . .	182
3. Lehren aus der rechtsvergleichenden Umschau und den Harmonisierungsbestrebungen.	183
4. Ergebnis: Fortentwicklung prozessualer Instrumente. . . .	184
 § 8 <i>Entwicklung einer prozessualen Verwirklichung der Verbindung von Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz.</i>	185
I. Erweiterung der Mitwirkungsverantwortung: Einführung einer sekundären Mitwirkungsverantwortung.	185
1. Erweiterung der sekundären Behauptungslast	186
a) Einführung einer sekundären Vorlegungslast	186
b) Grenzen einer sekundären Vorlegungslast	187
c) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf	188
2. Auskunft über Existenz von Urkunden.	189
a) Einführung einer sekundären Informationslast	189
b) Grenzen einer sekundären Informationslast	190
3. Abstimmung der Anordnung der Urkundenvorlegung nach § 142 ZPO mit dem Urkundenbeweis nach §§ 422, 423 ZPO	190
4. Parteivortrag als Grenze	191
5. Fazit.	192
II. Weigerungsrechte und Privilegien im Prozess	194
1. Prozessualer Geheimnisschutz de lege lata	195
a) Geheimnisschutz durch den Ausschluss der Öffent- lichkeit	195
b) Geheimnisschutz für die Parteien und Dritte.	196
aa) Geheimnisschutz Dritter	197
(1) Sachliches Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 3 ZPO	198
(2) Persönliches Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO	198
(3) Ergebnis.	199
bb) Geheimnisschutz der Prozessparteien	200
(1) Hintergrund des Fehlens eines expliziten Geheimnisschutzes	200
(2) Keine entsprechende Anwendung der Zeugnisverweigerungsrechte	200

(3) Ausnahmsweise zu gewährender Geheimnisschutz.	201
(4) Auswirkungen für die Parteien.	202
(5) Ergebnis.	204
cc) Fazit	204
2. Schützenswerte Sphären	204
a) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse	205
b) Privatsphäre	207
aa) Sphärentheorie des Bundesverfassungsgerichts	208
bb) Wirkung im Zivilrecht.	209
c) Beziehung zwischen Anwalt und Mandant	210
aa) Strafprozessualer Schutz.	211
bb) Schutz im Insolvenzverfahren.	211
cc) Zivilprozessuale Wertungen.	212
d) Gefahr strafrechtlicher Verfolgung	214
aa) Strafprozessualer Schutz.	215
bb) Zivilprozessuale Wertungen.	215
cc) Verfassungsrechtliche Wertung.	216
dd) Zusammenfassende Würdigung.	218
e) Öffentliche Interessen.	220
3. Ergebnis	221
III. Umsetzung des Geheimnisschutzes	221
1. Mögliche Regelungsmechanismen	222
a) Materielles Recht als Vorbild	222
b) Prozessuale Vorbilder	224
aa) Erkenntnisse aus der rechtsvergleichenden Umschau	225
(1) USA	225
(2) England	225
(3) Zürcherische und Schweizerische Zivilprozess- ordnung als Vorbild	225
bb) Anerkennung von Geheimhaltungsinteressen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.	227
(1) Mittelbare Beweisführung	227
(2) Kritik an der Entscheidung	228
(3) Würdigung	229
(4) Ergebnis	230
cc) Geheimverfahren in der obergerichtlichen Rechtsprechung.	230
dd) Das Düsseldorf Verfahren in Patentrechts- streitigkeiten als Vorbild.	232
c) Ergebnis	234

2. Geheimhaltung und der Anspruch auf rechtliches Gehör	235
a) Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	236
b) Sichtweise des Europäischen Gerichtshofs	238
c) Sichtweise des Bundesverwaltungsgerichts	238
d) Sichtweise des Bundesgerichtshofs.	239
e) Bewertung	239
3. Dogmatische Begründung	240
a) Geheimnisschutz der nicht beweisbelasteten Partei	240
b) Geheimnisschutz der beweisbelasteten Partei	242
c) Ergebnis	244
4. Umsetzung der Geheimhaltung	244
a) Verfahrensmäßige Behandlung	244
b) Zweistufiges Verfahren	246
c) Beteiligung und Einsichtnahmerecht des Anwalts	247
d) Geheimhaltung im Urteil und vollstreckungsfähiger Tenor	248
e) Selbstständige Anfechtung der Vorlageanordnung	249
f) Vorgelagerte Zeitpunkte des Geheimnisschutzes	250
5. In camera-Verfahren als ultima ratio.	251
6. Ergebnis	252
IV. Sanktionsmechanismen	253

§ 9 Die weitergehenden Forderungen nach einer Aufklärungspflicht der Parteien	255
I. Standpunkt der Rechtsprechung	256
II. Standpunkt der herrschenden Literatur	256
III. Forderungen nach einer Aufklärungspflicht der Parteien	257
1. Der Ansatz Stürners im Einzelnen	258
2. Zustimmungende Stellungnahmen	259
IV. Lehren aus den Harmonisierungsbestrebungen und den vereinheitlichten Regelwerken	263
V. Würdigung im Lichte der gewonnenen Erkenntnisse	264

Teil 4

Beweiserleichterungen

§ 10 Gesetzliche Beweiserleichterungen	269
I. Glaubhaftmachung	270
1. Beweismaßreduktion	270
2. Anwendungsfälle	271

3. Verfahrensbesonderheiten	271
4. Ausweitung auf andere Fälle	272
II. Beweiserleichterungen nach § 287 ZPO	273
1. Ratio der Beweiserleichterungen	273
2. Anwendungsbereich	274
a) Abgrenzung	274
b) Erweiterungen	276
c) Anwendungsbereich des § 287 Abs. 2 ZPO	276
3. Rechtsfolge	277
a) Beweismaßsenkung	277
b) Verfahrenserleichterungen	278
4. Vorgebrachte Änderungsforderungen	279
a) Neufassung der Vorschrift aus Bestimmtheitsgründen	279
b) Ausdehnung des Anwendungsbereichs	280
aa) De minimis non curat praetor.	280
(1) Definition der Kleinigkeit.	281
(2) Missbrauchsmöglichkeit.	281
(3) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis	282
(4) Unverhältnismäßigkeit	284
(5) De minimis-Prinzip im materiellen Recht	284
(6) Ergebnis.	285
bb) Anerkennung prozesswirtschaftlicher Erwägungen	286
cc) Materiellrechtliche Lösung als Alternative	288
dd) Fazit	289
5. Lösungsvorschlag: Prozessuale Änderungen zur Berücksichtigung verfahrenswirtschaftlicher Gründe	290
 § 11 Richterrechtliche Beweiserleichterungen	 291
I. Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr.	291
II. Anscheinsbeweis	293
1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	295
2. Erfahrungssätze als Grundlage des Anscheinsbeweises: Notwendige Differenzierungen	 296
a) Zwingende Erfahrungssätze	297
b) Erfahrungsgrundsätze	297
c) Einfache Erfahrungssätze.	298
3. Gegenbeweis	299
4. Dogmatische Einordnung.	299
a) Keine Beweislastumkehr	300
b) Rechtsprechung	300
c) Meinungsstand im Schrifttum	301

d) Würdigung	303
5. Fazit	304
III. Tatsächliche Vermutungen	305
1. Die Verwendung tatsächlicher Vermutungen	
durch die Rechtsprechung	306
a) Umkehr der Beweislast	307
aa) Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit	307
bb) Vermutung der Ursächlichkeit	308
cc) Vermutung für Wiederholungsgefahr	309
dd) Widerlegbare Vermutung bei Nichteinhaltung von DIN-Normen.	309
b) Beweiswürdigung	309
2. Würdigung	310
3. Fazit	311
IV. Beweisvereitelung	312
1. Voraussetzungen	313
2. Rechtsfolgen	314
a) Die flexible Lösung der Rechtsprechung: Beweis- erleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr	315
b) Beweislastumkehr	315
c) Umkehr der konkreten Beweisführungslast	315
d) Beweiswürdigung	315
e) Beweismaßsenkung	316
f) Wahrunterstellung.	316
g) Würdigung	316
3. Dogmatische Einordnung.	318
a) Materiellrechtliche Einordnung	318
b) Prozessrechtlicher Grundsatz von Treu und Glauben	319
c) Prozessrechtliche Begründung	320
d) Würdigung	320
4. Ergebnis	322
V. Beweismaßsenkung im Einzelfall	323
VI. Fazit	324

Teil 5

Ausgestaltung und Auslegung des materiellen Rechts
als Anreizsystem und als Mechanismus
des Interessenausgleichs

§ 12	<i>Materiellrechtlich veranlasste Beweismaßsenkung</i>	327
I.	Anforderungen an die Kausalität: Nach der Lebenserfahrung anzunehmende Ursächlichkeit	327
II.	Voraussetzungen einer Analogie.	328
III.	Würdigung.	329
IV.	Fazit.	329
§ 13	<i>Gesetzgeberische Risikozuweisung über Vermutungen, Fiktionen und Auslegungsregeln</i>	330
I.	Überblick und Abgrenzungen	331
II.	Gesetzliche Vermutungen	332
1.	Widerlegbarkeit	333
a)	Unwiderlegbare Vermutungen	333
b)	Widerlegbare Vermutungen.	334
2.	Vermutungsgegenstand	335
a)	Tatsachenvermutungen	335
b)	Rechts(zustands)vermutungen.	336
3.	Dogmatische Einordnung der gesetzlichen Vermutungen	338
a)	Beweisregel oder Beweislastregel.	338
b)	Behauptungslast des Vermutungsbegünstigten.	339
4.	Hinweispflicht des Gerichts	340
5.	Zusammenfassung.	341
III.	Fiktionen.	341
IV.	Auslegungsregeln	342
V.	Fazit.	343
1.	Risikozuweisung über Vermutungen	343
2.	Zulässigkeit und Grenzen der Anordnung von Vermutungen	345

Teil 6
Schluss

§ 14 <i>Fazit</i>	347
I. Reform des Zivilprozessrechts: Neue Wege zur Feststellung des Sachverhalts	347
II. Vorzüge des Prozessrechts – Ergänzungen im materiellen Recht	348
III. Verhandlungsgrundsatz und richterliche Prozessleitung im Einklang	349
1. Geleiteter Verhandlungsgrundsatz.	349
2. Beweisantragsrecht	350
3. Sozialer Zivilprozess und sporting theory of justice.	350
4. Maximendenken	351
IV. Einbettung der Mitwirkungsverantwortung.	352
V. Verfahrensökonomie	353
1. Verfahrensökonomie als Zielgedanke: Zweckmäßige Gestaltung und Durchführung des Verfahrens.	353
2. Effizienz durch Parteiverantwortung	355
3. Gesetzgeberische Risikozuweisung	356
§ 15 <i>Ergebnisse</i>	356
I. Konkrete Änderungsvorschläge	356
II. Zusammenfassung in Thesen.	359
Literaturverzeichnis	375
Stichwortverzeichnis	401

§ 1 Einleitung

Der Zivilprozess dient der Feststellung, Durchsetzung und Gestaltung subjektiver Rechte.¹ Der Einzelne kann seine Rechte grundsätzlich nicht im Wege der Selbsthilfe durchsetzen, darf aber als Ausgleich auf den Staat vertrauen, der das Gewaltmonopol beansprucht und die Wege und Mittel zur Durchsetzung der Rechte vorgibt.² Ohne die Rechtsverwirklichung mithilfe staatlicher Gerichte kann das subjektive Recht wertlos sein.³ Bezweckt der Zivilprozess die Gewährung der subjektiven Rechte,⁴ indem er einen privaten Interessenkonflikt der Parteien nach rechtlichen Kriterien löst,⁵ bedeutet das allerdings nicht, dass sich die objektive (materielle) Rechtslage immer durchsetzt. Die objektive Rechtslage und das Ergebnis des Prozesses können voneinander abweichen, wenn das Gericht nicht über vollständige Tatsachenkenntnis verfügt. Der Ausgang des Prozesses hängt von dem Sachverhalt ab, von dem das Gericht ausgeht.⁶ Das objektiv richtige Ergebnis eines Rechtsstreits wird nur erreicht,⁷ wenn der Sach-

¹ BGHZ 10, 350, 359 = NJW 1953, 1826, 1828; BGHZ 18, 98, 106 = NJW 1955, 1513, 1514; *Savigny*, § 204, 2: Das Klagerecht ist das subjektive Privatrecht im Zustand seiner »Verteidigung«; *Boehmer*, S. 94 ff.; *Rauscher*, in: MünchKommZPO, Einl. Rn. 8; ähnlich *Gaul AcP* 168 (1968), 27, 46 ff.; *Roth JZ* 2009, 194. Darüber hinaus dient der Zivilprozess der Bewährung und Fortbildung des objektiven Rechts sowie der Herstellung des Rechtsfriedens, doch sind dies nachrangige Gesichtspunkte; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 1 Rn. 9 f.; *Habscheid ZZZP* 81 (1968), 175, 189; *Rüthers JZ* 2008, 446, 447; *Unberath ZZZP* 120 (2007), 323, 332 f.; ausführlich dazu *E. Schmidt*, S. 12 ff.; a. A. noch *Schönke*, S. 13 f., der den Zweck des Zivilprozesses im Interesse der Allgemeinheit in dem Schutz des objektiven Rechts und der Wahrung des Rechtsfriedens sieht, nicht hingegen in der Durchsetzung der Rechte des Einzelnen. In Sondermaterien kann der Zivilprozess auch öffentliche Interessen verfolgen, etwa bei Verbandsklagen nach dem Unterlassungsklagengesetz oder dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Generell kritisch zur Verwirklichung der Funktionen: *Stahlmann*, S. 69 ff.

² *Brehm*, in: Stein/Jonas, vor § 1 Rn. 5, 9; *Habscheid ZZZP* 96 (1983), 306, 307. In umgekehrter Richtung dient der Prozess der Abwehr unberechtigter Ansprüche; *Boehmer*, S. 94.

³ Zur dienenden Funktion und Durchbrechung: *Zöllner AcP* 190 (1990), 471, 477 ff.

⁴ Freilich gibt es verschiedene Konstellationen, in denen sich das materielle Recht nicht durchsetzt, wie etwa im Falle der Präklusion oder der Säumnis; *Spickhoff*, S. 18.

⁵ Zu Gerichtsverfahren als Mechanismus zur Bereinigung sozialer Konflikte: *Hagen ZZZP* 84 (1971), 385, 390; *Stahlmann*, S. 9 ff.

⁶ *Brehm*, in: Stein/Jonas, vor § 1 Rn. 25; *Lorenz ZZZP* 111 (1998), 35, 36.

⁷ Einschränkung ist insoweit zu betonen, dass die Regelungen der Beweislast nach allgemeiner Ansicht zum Recht der Materie gehören und es sich deswegen bei einer Beweislastentscheidung um eine materiell korrekte Entscheidung handelt; *Leipold*, in: Stein/Jonas, § 286 Rn. 78 f.; *Baumgärtel*, in: FS Habscheid, S. 1, 3. Mit der objektiven Rechtslage ist hier die rechtliche Einordnung unter Kenntnis aller relevanten tatsächlichen Umstände gemeint.

verhalt, wie er sich tatsächlich zugetragen hat, dem Richter zur Kenntnis gebracht wird und dieser das Recht anwendet: *da mihi factum, dabo tibi ius*. Die Rechtsanwendung ist originäre Aufgabe des Gerichts, und zwar umfassend und in alle denkbaren Richtungen.⁸ Das Gericht kennt das Gesetz: *iura novit curia*.

I. Problemstellung

Die Sachverhaltskenntnis kann schwierig sein, wenn es nachträglich nicht mehr möglich ist, einen bestimmten Geschehensablauf zu rekonstruieren. Möglicherweise muss das Gericht einen hypothetischen Geschehensablauf bewerten, der weder durch die Parteien noch durch Sachverständige aufklärbar ist. Bei Schadensereignissen mag die Kausalität eines Umstands für den Eintritt des Schadensereignisses nicht bestimmt werden können. Eine Ereignisrekonstruktion aufgrund der Vielzahl der betroffenen Personen samt ihrer Rechte und Rechtsgüter ist nicht mehr möglich.⁹ In der Regel geht es dabei um Haftungsansprüche, die prozessual durchgesetzt werden sollen, d.h. zum Beispiel die Fälle der Produzenten- bzw. Produkthaftung, der Arzthaftung und der Haftung wegen Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen.¹⁰

Denkbar ist, dass lediglich eine Partei durch Preisgabe von Informationen oder Urkundenvorlage zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen kann, doch hat diese Partei daran kein Interesse, weil die Preisgabe für sie den Prozessverlust bedeuten würde. Solche Schwierigkeiten können sich im vertraglichen Bereich ergeben, falls eine Partei im Besitz von Unterlagen ist, die der anderen Partei nicht zugänglich sind. Eine Partei kann ihrer Behauptungslast deshalb gegebenenfalls nicht genügen, weil sie auf Informationen außerhalb ihrer Sphäre angewiesen ist. Auch kann es sein, dass sie sich an den relevanten Lebenssachverhalt nicht mehr erinnern kann. Die Durchsetzung materiellen Rechts wird mangels Informationen zur Substantiierung der Klage oder aufgrund fehlender Beweismöglichkeiten erschwert.

Der Justizgewährungsanspruch verlangt als Ausgleich für das staatliche Gewaltmonopol die Gewährung effektiven Rechtsschutzes. Effektivität bedeutet tatsächlich wirksamen Rechtsschutz entsprechend der materiellen Rechtslage. Das beinhaltet eine Entscheidung auf der Grundlage des tatsächlichen Sachverhalts.¹¹ Der Richter muss allerdings auch eine Entscheidung treffen, wenn sich

⁸ *Becker-Eberhard*, in: MünchKommZPO, § 253 Rn. 76.

⁹ Siehe dazu *von Bar*, Gutachten für den 61. Deutschen Juristentag, S. A 9ff., für die Problematik bei Massenschäden.

¹⁰ *Katzenmeier* ZfP 117 (2004), 187. In Haftungsprozessen resultieren die Schwierigkeiten aus den Risikopotentialen und multikausalen Schädigungen, die die industrialisierte Welt mit sich bringt; siehe auch *Baumgärtel*, in: FS Fasching, S. 67. Ausführlich zur Arzthaftung: *Katzenmeier*, S. 377ff.

¹¹ BVerfGE 84, 59, 77 = NJW 1991, 2008, 2010 – *Multiple-Choice-Verfahren*; BGHZ 37, 113, 120 = NJW 1962, 1291, 1292; ausführlich *Brehm*, in: Stein/Jonas, vor § 1 Rn. 284ff.; Ro-

der Sachverhalt nicht aufklären lässt. Die Ablehnung einer Entscheidung wäre ein Verstoß gegen das Rechtsverweigerungsverbot des Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹² Ob die Wahrheitsfindung selbst Zweck des Zivilprozesses ist, ist umstritten. Die herrschende Ansicht lehnt die Wahrheitsfindung als Prozesszweck ab.¹³ Eine Geringschätzung ist damit jedoch nicht verbunden. Sie bleibt eine wesentliche (Zwischen-) Aufgabe des Zivilprozesses, weil sie jedenfalls dem Individualrechtsschutz dient.¹⁴ Aus diesem Grund ist im Zivilprozess von entscheidender Bedeutung, wie der Sachverhalt ermittelt wird.¹⁵

1. Die rechtliche und rechtspolitische Perspektive: Die Entscheidung auf unsicherer Tatsachengrundlage

Aus einer nicht vollständig erfolgten Aufklärung folgt, dass die Gerechtigkeit der Entscheidung für die Parteien ungewiss ist, weil die materielle Richtigkeit dem Zufall überlassen bleibt. Den Ausgang des Prozesses bestimmt die Beweislastverteilung (*non liquet*-Entscheidung¹⁶). Die Entscheidung erfolgt nach Recht und Gesetz und ist insoweit »richtig«. Ihr liegt eine materielle Gerechtigkeitsüberlegung zugrunde. Aufgrund dieser Regeln wird die Entscheidung für die Parteien voraussehbar.¹⁷ Die Erkenntnisse des Gerichts führen zu einer formellen Wahrheit – mit der Konsequenz einer nur formalen Beendigung des Streits.¹⁸ Beweist eine Partei eine Tatsache nicht, für die ihr die Beweislast obliegt, hat dies unter Umständen zur Folge, dass das Urteil zu ihren Ungunsten erlassen wird, obwohl sie materiell Recht hatte.¹⁹ Einzelfallgerechtigkeit kann über solche Entscheidungen nicht hergestellt werden.

senberg/Schwab/Gottwald, § 3 Rn. 1 ff.; *Stürner*, Aufklärungspflicht, S. 43; *Habscheid ZZZP* 96 (1983), 306, 308.

¹² *Prütting*, S. 58 f.

¹³ *Brehm*, S. 28; *Grunsky*, S. 4; *Rosenberg*, Beweislast, S. 66; *Heinze*, in: FS Beys, S. 515, 523 ff.; *Leipold*, in: FS Nakamura, S. 301, 318 ff.; *Reischl ZZZP* 116 (2003), 81, 89; differenzierend *Larenz*, S. 307; a. A. *Stürner*, Aufklärungspflicht, S. 48 ff.; siehe auch schon *Pagenstecher*, S. 145 ff., 302 ff.

¹⁴ *Brehm*, in: Stein/Jonas, vor § 1 Rn. 25; *Bosch*, S. 13: Beweisrecht als »Rückgrat des Prozesses«; *Habscheid ZZZP* 96 (1983), 306: »Das Recht auf den Beweis«.

¹⁵ *Böhm*, in: Ius Commune VII, S. 136, 143: »Gerade für die Herausbildung des modernen Zivilprozesses und seiner Grundstruktur gibt indes kaum ein Thema mehr Aufschluß als die Art der Stoffsammlung und die dafür leitenden Gesichtspunkte.«

¹⁶ Objektiv besteht ein Informationsdefizit; siehe dazu *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 113 Rn. 17 (im Rahmen des Anscheinsbeweises).

¹⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 115 Rn. 42; *Baumgärtel*, in: FS Fasching, S. 67; *ders.*, in: FS Habscheid, S. 1, 3.

¹⁸ *Greger JZ* 2000, 842, 847; *Unberath ZZZP* 120 (2007), 323, 324; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 77 Rn. 6: nur gradueller Unterschied zwischen formeller und materieller Wahrheit; kritisch zu dem Begriff der formellen Wahrheit *Leipold*, in: Stein/Jonas, vor § 128 Rn. 152, der wohl eher von einer relativen Wahrheit sprechen möchte. Siehe auch den Vergleich zum englischen Recht bei *Zuckerman*, para. 2.190.

¹⁹ Zur Problematik *Greger*, S. 1; *Arens*, in: FS Müller-Freienfels, S. 13 ff.

Rechtspolitisch ist eine Vermeidung von *non liquet*-Entscheidungen wünschenswert. Entscheidungen auf sicherer Tatsachengrundlage dürften in der Bevölkerung eine größere Akzeptanz genießen.²⁰ Ziel eines Prozesses ist die Übereinstimmung formeller und materieller Wahrheit, jedenfalls sind größtmögliche Schnittmengen zu erreichen. Darin zeigt sich die Qualität des Prozesses und übergeordnet der Rechtspflege insgesamt.²¹ Das Gewaltmonopol des Staats ist nur zu rechtfertigen, wenn ein begründetes Vertrauen im Hinblick auf die Wege und Mittel zur Durchsetzung der Rechte besteht.

Schließlich wird vorgebracht, dass die Ermittlung der Tatsachen deswegen eine größere Bedeutung erlangt habe, weil das Rechtsmittelrecht geändert wurde.²² Eine Überprüfung der festgestellten Tatsachen in der Berufungsinstanz erfolgt nur noch bei konkreten Zweifeln an ihrer Richtigkeit oder Vollständigkeit (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).²³ § 529 ZPO ist ein Kernelement der Ausgestaltung des neuen Berufungsverfahrens, welches nicht mehr einer Wiederholung der Tatsacheninstanz, sondern insoweit lediglich der Fehlerkontrolle und -beseitigung dient.²⁴ Die grundsätzliche Bindung des Berufungsgerichts an die Feststellungen der ersten Instanz erfordere ein einheitliches Verfahren im Hinblick auf die Feststellung der Tatsachen. Nur dann sei die Beschränkung der Berufungsinstanz zu rechtfertigen.²⁵ Der Gesetzgeber begründet die Ausweitung der Sachverhaltsaufklärung mit einer zu erwartenden erhöhten Akzep-

²⁰ *Laumen* NJW 2002, 3739, 3743; *Lepa* DRiZ 1966, 112; *Greger* JZ 2000, 842, 847.

²¹ *Unberath* ZZZ 120 (2007), 323, 324; siehe auch (für das englische Recht) *Lord Woolf C.J.*, in: *Jones v. University of Warwick* [2003] EWCA Civ 151, [2003] 1 W.L.R. 954, 962: »It would be artificial and undesirable for the actual evidence, which is relevant and admissible, not to be placed before the judge who has the task of trying the case.«

²² Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.7.2001, BGBl. I 2001, S. 1887 ff.

²³ Zu den Berufungsgründen nach dem Zivilprozessreformgesetz *Rimmelspacher* NJW 2002, 1897 ff.; zur ökonomischen Analyse der Rechtsmittel *G. Wagner*, in: *Bork/Eger/Schäfer*, S. 157 ff.

²⁴ Siehe Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722, S. 61, 64, 100; *Heßler*, in: *Zöller*, § 529 Rn. 1; ausführlich *Unberath* ZZZ 120 (2007), 323, 336; Beispiel für eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung in der ersten Instanz: BGHZ 162, 313 ff. = NJW 2005, 1583 ff. Freilich ist fraglich, ob es auch tatsächlich zu einer bemerkenswerten Änderung gekommen ist. Eine Tatsachenbindung besteht nicht, soweit konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine neue Feststellung gebieten; BGHZ 158, 269 = NJW 2004, 1876. Zweifel bejaht die Rechtsprechung bereits bei der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung, insbesondere wenn das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz; BGH NJW 2005, 1583, 1584; 2005, 1487; so auch *BVerfG* NJW 2003, 2524. Letztlich führen die geringen Anforderungen an konkrete Anhaltspunkte für Zweifel zur regelmäßigen Erneuerung der Beweisaufnahme in zweiter Instanz. Die Reformabsicht hat sich damit in ihr Gegenteil verkehrt; *Greger* NJW 2003, 2882, 2883; siehe auch *Manteuffel* NJW 2005, 2963 ff.; zur beschränkten Wirkung der Reform *Nassall* NJW 2012, 113, 115 f.; *Stackmann* NJW 2007, 9 ff.

²⁵ *Musielak*, in: *FG Vollkommer*, S. 237, 238.

tanz der Parteien.²⁶ Die Forderungen nach einem vorhersehbaren Verfahren der Tatsachenfeststellung sind verständlich. Allerdings ist zu betonen, dass die grundsätzliche Bindung des Berufungsgerichts lediglich eine zusätzliche Erwägung sein kann, weil unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Rechtsmittelrechts Wert auf eine vollständige Tatsachenermittlung bereits in erster Instanz gelegt werden muss.²⁷ Die Änderung des Rechtsmittelrechts ist vor diesem Hintergrund ein zusätzliches, freilich nicht das entscheidende Argument.

2. Die ökonomische Perspektive: Die Steuerungswirkung der Rechtsprechung

Entscheidungen auf unsicherer Tatsachengrundlage können falsche materielle Anreize setzen. Das materielle Recht soll eine Steuerungswirkung entfalten. Für einen Hersteller von Produkten besteht ein Anreiz, Vorkehrungen gegen Schadenseintritte zu treffen. Nimmt man an, der Eintritt eines Schadens (Wahrscheinlichkeit des Schadens sei 100%) in Höhe von 100 Euro lässt sich durch Vorkehrungen verhindern, die Kosten in Höhe von 80 Euro verursachen, ist ein ökonomischer Anreiz gegeben, die Schadensvorkehrungen zu treffen. Allerdings besteht dieser Anreiz nur, wenn die Rechtsprechung in entsprechender Weise urteilt. Sprechen die Gerichte (irrtümlich) aus, dass bereits durch Maßnahmen zu Kosten von 60 Euro der Sorgfaltsmaßstab eingehalten wird und dementsprechend eine Haftung abzulehnen ist, besteht für den Handelnden kein Anreiz, Schadensverhütungsmaßnahmen zu mehr als 60 Euro vorzunehmen.²⁸ Freilich ist zu berücksichtigen – worauf *Wagner*²⁹ hinweist –, dass es für die Beteiligten nicht darauf ankommt, wie das Gericht *ex post* entscheidet, weil in diesem Zeitpunkt die Vorkehrungen bereits abgeschlossen sind. Entscheidend ist vielmehr die Perspektive *ex ante*, d. h. eine Antizipation einer eventuellen Gerichtsentscheidung. Es geht um eine Prognose der Rechtsprechung, weil der Beteiligte seine Handlungen so ausrichtet, dass sie dem Maßstab der künftigen Rechtsprechung genügen werden. Aus dieser *ex ante*-Betrachtung ergibt sich keineswegs die Unbeachtlichkeit der Rechtsprechung, sondern gerade ihre Bedeutung. Die Streitentscheidung dient ökonomisch dazu, das Verhalten der Handelnden in der Zukunft zu steuern.³⁰

Die Rechtsprechung der Vergangenheit dient als Anhaltspunkt dafür, wie die Gerichte in Zukunft entscheiden werden. Idealerweise entscheidet das Gericht so, wie das materielle Recht es verlangt.³¹ Die Verhaltensanreize werden richtig ge-

²⁶ Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722, S. 58 ff.

²⁷ Ebenso *Stadler*, in: FS Beys, S. 1625, 1626.

²⁸ Siehe zu dem Beispiel *G. Wagner*, in: Bork/Eger/Schäfer, S. 157, 172.

²⁹ *G. Wagner*, in: Bork/Eger/Schäfer, S. 157, 172.

³⁰ *Eidenmüller*, S. 397 ff.; *Kirchner*, in: Bork/Eger/Schäfer, S. 85, 87; *Schmidtchen/Bier*, in: Bork/Eger/Schäfer, S. 51, 56; *Unberath ZZP* 120 (2007), 323, 325.

³¹ *Eidenmüller*, S. 400 ff.; *G. Wagner*, in: Bork/Eger/Schäfer, S. 157, 172.