

THOMAS VOGT GEISSE

Aufklärung und
Informationskontrolle
im Zivilprozess

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht
Band 168

herausgegeben von
Rolf Stürmer



Thomas Vogt Geisse

Aufklärung und Informationskontrolle im Zivilprozess

Eine vergleichende Studie zum deutschen,
englischen und US-amerikanischen Recht

Mohr Siebeck

Thomas Vogt Geisse, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften an der Universidad de Chile in Santiago, Chile; DAAD-Stipendiat; 2014 LLM an der Universität Bonn; 2019 Promotion an der Universität Bonn; seit 2019 Professor für Prozessrecht an der Universidad Alberto Hurtado, Santiago.
orcid.org/0000-0002-9169-8306

ISBN 978-3-16-158888-4 / eISBN 978-3-16-158889-1

DOI 10.1628/978-3-16-158889-1

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurde die deutsche Literatur und Rechtsprechung bis zum Herbst 2019 eingearbeitet. Soweit möglich, wurden auch Änderungen der ausländischen Rechtslage berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Moritz Brinkmann. Seine freundliche und mitreißende Art, zum Denken herauszufordern, keimende Gedanken ans Licht zu führen und zugleich einer kritischen Überprüfung zu unterziehen, hat nicht nur meiner Studie den rechten Weg gewiesen, sondern überhaupt die Freude an der Rechtswissenschaft in mir gesteigert. Er wird mir persönlich das Leitbild eines Rechtsgelehrten bleiben.

Herrn Professor Dr. Eberhard Schilken danke ich für die Übernahme und schleunige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für die Freundlichkeit, die er mir stets während meiner Zeit in Bonn entgegengebracht hat. Herrn Professor Dr. Rolf Stürner sei für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“ gedankt.

Den Bürgern meiner Heimat, der Republik Chile, verdanke ich die Finanzierung des Promotionsaufenthalts über das „Becas Chile“-Stipendium. Dem Deutschen Akademischen Austauschdienst bin ich für die ergänzende Förderung ebenfalls zu Dank verpflichtet. Für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses sei der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung herzlich gedankt.

Ein besonderer Dank gebührt Herrn Professor Dr. Raúl Núñez Ojeda. Er hat mein Interesse für das Prozessrecht geweckt und in allen Phasen gefördert. Den Herren Professoren Francisco González Hoch, Dr. Álvaro Pérez Ragone, Dr. Jorge Larroucau Torres und Dr. Enrique Barros Bourie möchte ich für ihre Unterstützung ebenfalls danken. Anregende Diskussionen verdanke ich meinen Bonner Weggefährten, unter ihnen besonders Herrn Javier Contesse Singh, Herrn Dr. Sebastián Mantilla Blanco und Herrn David Rüter. Hervorheben möchte ich meinen Dank an Frau Kristina Schönfeldt, die es verstand, mit Rat und Kritik Wertvolles zur Entwicklung meiner Ideen beizutragen. Für die Durchsicht des Manuskripts und treffende Anmerkungen bin ich Herrn Jaschar R. A. Kohal sehr

dankbar. Frau Dashne Sardar Sabr hat mir bei der Vorbereitung des Manuskripts bedeutende Hilfe geleistet; ihr ebenfalls vielen Dank. Auch meine Geschwister Katia, Stefan und Clemens Vogt Geisse verdienen Erwähnung. Sie erweisen sich ungeachtet jeglicher Entfernung stets als meine nächsten Begleiter.

Schließlich habe ich ganz besonders meinen Eltern Patricia Geisse Jiménez und Nikolaus Vogt zu danken. Sie haben mich mit ihrer Hilfe und Teilnahme bestärkt und überhaupt Neugier und Denkfriede in mir geprägt. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Santiago de Chile, im Februar 2020

Thomas Vogt Geisse

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
A. Einleitung	1
B. Informationskontrolle als Regelungsbereich des Zivilprozessrechts	3
I. <i>Das Problem prozessfremder Wirkungen der prozessualen Sachverhaltsaufklärung</i>	4
1. Rechtsordnungsübergreifende Grundlagen des Problems	5
a) Die zivilprozessuale Sachverhaltsaufklärung aus der Vogelperspektive	5
b) Die Grundsätze der Verfahrenstransparenz	6
c) Einsatzvielfalt der Information als Problem des Zivilprozesses	7
2. Erscheinungsformen der prozessfremden Wirkung zivilprozessualer Aufklärung	8
a) Das Problem zweckfremder Informationsverwendung	8
b) Das Problem rechtswidriger Informationsverbreitung	11
3. Informationskontrolle, Geheimhaltungsinteresse und Schutzwürdigkeit	12
II. <i>Mittel der Informationskontrolle im Zivilprozess</i>	12
1. Kontrolle durch Zweckbindung der Information	12
a) Zweckbindung durch den Ausschluss von Personen	13
b) Zweckbindung durch die Auferlegung von Verhaltenspflichten	13
2. Kontrolle durch vorbeugende Vorenthaltung	13
3. Der Preis effektiver Informationskontrolle	14
4. Informationskontrolle und Prozessstruktur	14

C. Die Struktur der zivilprozessualen Aufklärung im Vergleich	17
I. Beweisförmige und vorbereitende Aufklärung	17
II. Die Beweisaufnahme im Rechtsvergleich	19
1. Die Beweisaufnahme der anglo-amerikanischen Hauptverhandlung	20
a) Die Methode des Fallrechts und richterliche Passivität	21
b) Ablauf des trial	23
c) Beweisaufnahme unter Parteikontrolle	24
aa) Die Einheit von Tatsachenbeibringung und Beweis	25
bb) Parteiherrschaft als Kontrolle der Beweisaufnahme – das Kreuzverhör	26
cc) Zentrale Bedeutung der Glaubwürdigkeitskontrolle	28
d) Zusammenfassung	30
2. Die Beweisaufnahme im deutschen Zivilprozess	30
a) Abstraktes Gesetzesrecht und Richtermacht	31
b) Ablauf der kontinentalen Beweisaufnahme	32
c) Die Beweisaufnahme der ZPO als rechtsgebundene Aufklärung	34
aa) Parteiherrschaft als Bindung des Gerichts an den Parteivortrag	34
bb) Die Beweisaufnahme der ZPO im Kontrast zum trial	35
(1) Durchführung der Beweisaufnahme	35
(2) Tiefgang der Beweisaufnahme	38
(3) Parteimitwirkung und Glaubwürdigkeitskontrolle	39
d) Zusammenfassung	41
III. Die vorbereitende Aufklärung im Rechtsvergleich	42
1. Die Vorbereitung des trial	42
a) Erfolgsaussicht als Standard der Vorbereitung	42
b) Private Aufklärung als Mittel prozessualer Vorbereitung	44
aa) Begriffliches	45
bb) Disclosure und discovery nach den Federal Rules of Civil Procedure	46
cc) Disclosure und Austausch schriftlicher Zeugenaussagen nach englischem Zivilprozessrecht	49
dd) Umfang des vorbereitenden Informationsaustausches	53
c) Die Aufsichtsfunktion des Gerichts bei der vorbereitenden Aufklärung	55
2. Die Vorbereitung der Beweisaufnahme im deutschen Zivilprozess	59
a) Subsumierbarkeit der Tatsachenbehauptung als Standard der Vorbereitung	59
b) Grundsätzliche Verzichtbarkeit auf eine vorbereitende Aufklärung	61
c) Die vorbereitende Aufklärung als Ausnahmeerscheinung	66
aa) Auskunft durch substantiiertes Bestreiten	67

bb) Offenbarung von Beweismitteln	68
cc) Prozessuale Vorlagepflichten	70
dd) Privatbetriebene Aufklärung vor dem Prozess	72
<i>IV. Zusammenfassung</i>	<i>78</i>
D. Vergleichende Betrachtung der Informationskontrolle im Zivilprozess	81
<i>I. Kontrolle des Öffentlichkeitszugangs</i>	<i>82</i>
1. Ausschluss der Öffentlichkeit von Verhandlung und Beweis	83
a) Die Ausschlussstatbestände aus einem funktionalen Blickwinkel	84
b) Geringer Stellenwert des Öffentlichkeitsgrundsatzes im deutschen Zivilprozess	86
aa) Verfassungsrang und Strukturbezug der Verfahrensöffentlichkeit	87
bb) Verhältnismäßigkeit beim Ausschluss der Öffentlichkeit	91
cc) Verhältnis von Öffentlichkeit und Mündlichkeit	93
c) Fazit zur vergleichenden Betrachtung des Öffentlichkeitsgrundsatzes	99
2. Zugriff Dritter auf die Prozessakte und vorbereitende Materialien	100
a) Grundsätzliche Unzugänglichkeit der Prozessakte in England und Deutschland	100
b) Die freie Zugänglichkeit der Prozessakte in den USA	105
aa) „Unfiled discovery“	106
bb) Einsichtsrecht nach Grad inhaltlicher Auseinandersetzung des Gerichts	107
c) Fazit zur vergleichenden Betrachtung des Aktenzugangs	109
<i>II. Der Ausschluss der Partei von der Beweisaufnahme</i>	<i>109</i>
1. Informationskontrolle und Entscheidungsoptimierung	110
2. Kein Parteiausschluss im trial	111
a) Kein Parteiausschluss im US-amerikanischen trial	111
b) Kein Parteiausschluss im englischen trial	113
3. Kein beweisrechtliches Geheimverfahren im deutschen Zivilprozess	115
a) Der Parteiausschluss im black-box-Verfahren	117
b) Das in-camera-Verfahren als Verwirklichung praktischer Konkordanz	122
aa) Praktische Konkordanz durch ein effektives Zwischenverfahren	124
(1) „Blinde“ Abwägung im Zwischenverfahren	125
(2) In-camera-Prüfung im Zwischenverfahren	126
bb) Praktische Konkordanz durch ein in-camera-Hauptsacheverfahren	128
cc) Fazit zum beweisrechtlichen Geheimverfahren in Deutschland	131
4. Unvergleichbarkeit von pre-trial und Beweisaufnahme	132

<i>III. Kontrolle des Parteiverhaltens während der Prozessvorbereitung .</i>	136
1. Kontrolle der Informationsnutzung durch die Partei im pre-trial	136
a) Mittel zur Informationskontrolle im pre-trial	137
aa) Ausgangsregelung	137
(1) Grundsätzliche Verwendungsbeschränkung im englischen pre-trial	137
(2) Grundsätzliche Verwendungsfreiheit im US-pre-trial	139
bb) Verwendungsbeschränkungen als Standard der Informationskontrolle	141
cc) Personell eingeschränkte Offenlegung	144
(1) Offenlegung an ausgewählte Mitglieder des Unternehmens .	146
(2) Offenlegung an externe Anwälte und Experten	148
dd) Vorbeugende Vorenthaltung	152
ee) Vorläufigkeit der Schutzmaßnahmen	153
b) Vorkehrungen zur Optimierung der Entscheidungsposition des Gerichts	153
aa) Die Entscheidung zur Informationskontrolle	153
(1) Nachweis eines konkreten Geheimhaltungsinteresses	154
(2) Nachweis eines besonderen Informationsinteresses	155
(3) Einzelfallabwägung	157
bb) Maßnahmen zur Optimierung der Entscheidungsposition	158
(1) Entscheidung aufgrund von Informationskategorien	159
(2) In-camera-Einsichtnahme in die umstrittenen Informationen	160
(3) Zuhilfenahme eines neutralen Dritten	161
c) Zusammenfassung	162
2. Kontrolle der Informationsnutzung durch die Partei in der deutschen Prozessvorbereitung	163
a) Ausschluss einer Partei vom gegnerischen Vortrag	163
b) Informationskontrolle im vorbereitenden Informationsprozess . . .	166
aa) Mittel zur Informationskontrolle bei der materiellrechtlichen Informationsbeschaffung	167
(1) Beschränkung der Informationskontrolle auf vorbeugende Vorenthaltung	168
(2) Einschaltung eines Informationsmittlers (Wirtschaftsprüfervorbehalt)	168
bb) Vorkehrung zur Optimierung der Entscheidungsposition des Gerichts	170
(1) Entscheidung nach Informationskategorien	170
(2) In-camera-Prüfung im „Düsseldorfer Verfahren“	171
(a) Funktionsweise	173
(b) Verfahrensrechtliche Form	176
(c) Erhebung des Gutachtens zum Beweis	178

cc) Zusammenfassung	179
3. Fazit zur Informationskontrolle bei der vorbereitenden Aufklärung . .	180
<i>IV. Informationsvorenthaltung als Mittel der Informationskontrolle</i> . .	181
1. Verlegenheitslösung bei Risiken zweckfremder Informationsverwendung	181
2. Sachgerechtes Instrument zum Schutz der Vertraulichkeit und Privatheit	182
a) Vorenthaltung als Instrument starken Vertraulichkeits- und Persönlichkeitsschutzes	182
aa) Informationsvorenthaltung zum Schutz der Vertraulichkeit . . .	182
bb) Informationsvorenthaltung zum Schutz der Privatsphäre	187
b) Schwacher Schutz der Vertraulichkeit und Privatsphäre im Zivilprozess	188
3. Als Schlusspunkt ein Sonderfall: Das Privileg gegen Selbstbeichtigung	189
E. Schluss	193
<i>I. Ergebnisse</i>	193
<i>II. Drei Anregungen für die deutsche Prozessrechtsdogmatik</i>	199
1. Aufgabe des Wunsches nach einem beweisrechtlichen Geheimverfahren	199
2. Informationskontrolle durch zweckbindende Verhaltenspflichten	202
3. In-camera-Prüfung der Schutzwürdigkeit	207
Literaturverzeichnis	209
Sachregister	221

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
All ER	All England Law Reports
AnwBl	Anwaltsblatt
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNetzA	Bundesnetzagentur
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Buff. Pub. Int. L.J.	Buffalo Public Interest Law Journal
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review
Bus. L.R.	The Business Law Reports
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cas. W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
C.D. Cal.	Central District of California
Ch.	Chancery Division
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Cir.	Circuit
C.I.T.	United States Court of International Trade Reports
C.L.P.	Current Legal Problems
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CPR	Civil Procedure Rules (England und Wales)
C.P. Rep	Civil Procedure Reports
Ct. Int'l Trade	United States Court of International Trade
D.C.	District of Columbia

D.D.C.	District of D.C
D. Colo.	District of Colorado
D.Conn.	District of Connecticut
D. Del.	District of Delaware
D. Kan.	District of Kansas
D. Mass.	District of District of Massachusetts
D.N.D	District of North Dakota
ders.	Derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
Diss.	Dissertation
Dist.	District
DJT	Deutscher Juristentag
DS	Der Sachverständige
ebd.	ebenda
E.D. La.	Eastern District of of Louisiana
E.D. Mich.	Eastern District of Michigan
E.D. Mo.	Eastern District of Missouri
E.D. Pa.	Eastern District of Pennsylvania
E.D. Va	Eastern District of Virginia
E.D. Wis.	Eastern District of Wisconsin
Emory L.J.	Emory Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EWCA Civ	Court of Appeal (Civil Division)
EWHC	England & Wales High Court
f., ff.	folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
Fed. Cir.	Federal Circuit
Fn.	Fußnote
Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.	Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal
FRAND	fair, reasonable, and non-discriminatory (in Bezug auf eine Lizenzerteilung)
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure (USA)
FRE	Federal Rules of Evidence (USA)
F.R.D.	Federal Rules Decision
FS	Festschrift
F. Supp.	Federal Supplement
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HBG	Handelsgesetzbuch

Hamline L. Rev.	Hamline Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
H.C.	High Court
H.L.	House of Lords
Hrsg.	Herausgeber
Int'l & Comp. L.Q.	International & Comparative Law Quarterly
Ill. L. R.	Illinois Law Review
IJPL	International Journal of Procedural Law
insb.	Insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
J	Justice, Judge
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench
LG	Landgericht
Litig.	Litigation (USA)
M.D.N.C.	Middle District of North Carolina
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mitt.	Mitteilungen
MMR	MultiMedia und Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.D. Ill.	Northern District of Illinois
N.D.Tex.	Northern District of Texas
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht
p., para.	paragraph
PD	Practice Direction
P.T.S.R.	The Public and Third Sector Law Reports
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
R.P.C.	Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases
Rutgers L.J.	Rutgers Law Journal
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S.D.N.Y	Southern District of New York
S.D. Ohio	Southern District of Ohio
S.D. Tex.	Southern District of Texas
sec.	section
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung

Temple L. Rev.	Temple Law Review
Tort & Ins. L.J.	Tort and Insurance Law Journal
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKSC	United Kingdom Supreme Court
U.N.S.W.L.J.	University of New South Wales Law Journal
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Rich. L. Rev.	University of Richmond Law Review
U.S.	United States Supreme Court Reports
W.D. Va.	Western District of Virginia
W.D.N.Y.	Western District of New York
Widener L. Rev.	Widener Law Review
WL	Westlaw
WLR	Weekly Law Reports
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZPO	Zivilprozessordnung (Deutschland)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPint	Zeitschrift für Zivilprozess International

A. Einleitung

Ein moderner Zivilprozess muss zweierlei leisten können: Aufklärung und Geheimhaltung. Beide Leistungen stehen in einem eigentümlichen Spannungsverhältnis zueinander. Die vorliegende Untersuchung hat das Ziel, dieses Verhältnis rechtsvergleichend zu durchleuchten. Dabei soll weder eine „Forschungslücke“ entdeckt und geschlossen noch ein unmittelbares Praxisbedürfnis bedient werden. Stattdessen wird für Altbekanntes eine Betrachtungsweise angeboten, die bisher unsichtbare oder wenig beachtete Bezüge zwischen den Zivilprozessordnungen des common law und des kontinentalen Rechtskreises zum Vorschein treten lässt. Ausgewählt wurden die Zivilprozesse bedeutender Repräsentanten beider Rechtstraditionen – Deutschland¹, England² und die Vereinigten Staaten von Amerika³ –, deren Leuchtkraft den Reformbestrebungen jüngerer Rechtsordnungen immer wieder den Weg weist – gerade auch in der Heimatrechtsordnung des Verfassers.⁴

Die Untersuchung nimmt folgenden Gang: Zuerst wird die Aufgabe der Informationskontrolle im Zivilprozess als rechtsordnungsübergreifende Aufgabe definiert (B.), sodann die Struktur der Sachverhaltsaufklärung im anglo-amerikani-

¹ Nach der „Zivilprozessordnung“ von 1879 (ZPO).

² Nach den „Civil Procedure Rules“ von 1999 (CPR), die den Zivilprozess in England und Wales regeln.

³ Nach den „Federal Rules of Civil Procedure“ von 1938 (FRCP) und den „Federal Rules of Evidence“ von 1975 (FRE). Diese Vorschriften bilden das Zivilprozessrecht vor den Bundesgerichten. Darüber hinaus haben die einzelnen Staaten ihre eigenen Prozessrechte, die in dieser Arbeit nicht berücksichtigt werden. Diese sind aber weitgehend an das System der Federal Rules angelehnt. Vgl. etwa *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), 12–14.

⁴ Die Vorarbeit zur anstehenden Reform der chilenischen Zivilprozessordnung war stark vom deutschen Zivilprozessrecht beeinflusst (vgl. *Núñez Ojeda*, *Revista de Estudios de la Justicia* Nr. 6 (2005), 175 ff.), während in letzter Zeit vermehrt zur Annäherung an das common law angeregt wird, vgl. *Peña Mardones*, *Ius et Praxis* (2017), 79 ff. (für die Aufnahme eines begrenzten discovery oder disclosure Systems in das Reformprogramm) oder *Riego Fuentes*, *Sistemas Judiciales* Nr. 18 (2014), 76 ff. (für eine Anwendung des „case management“ im chilenischen Zivilprozess). Überhaupt stehen in Chile Fragen zur Reform und Modernisierung des Rechts regelmäßig im Zwiespalt zwischen dem anglo-amerikanischen und deutschen Einfluss, *Cooper*, (2008) 29 *Mich. J. Int'l L.*, 501 ff.

schen und deutschen Zivilprozess gegenübergestellt (C.). Auf dieser Grundlage wird der Schwerpunkt der Arbeit in Angriff genommen und die verschiedenen Methoden der Informationskontrolle im Zivilprozess rechtsvergleichend ergründet (D.). Die Studie endet mit einer Aufzählung der Ergebnisse und drei Empfehlungen an die deutsche Prozessrechtsdogmatik (E.).

B. Informationskontrolle als Regelungsbereich des Zivilprozessrechts

Diese Studie soll vergleichend betrachten, wie nationale Zivilprozessrechte mit Informationen umgehen. Dafür muss das Spannungsfeld von Aufklärung und Geheimhaltung, das jedem modernen Zivilprozess innewohnt, zunächst begrifflich fassbar und damit dem Rechtsvergleich zugänglich gemacht werden. Hierzu sind zuerst Fragen der Betrachtungsweise und Vergleichbarkeit zu klären. Ohne festen Aussichtspunkt lassen sich äußere Auffälligkeiten nationaler Prozessordnungen nämlich nicht eindeutig und nachvollziehbar als Unterschied oder Gemeinsamkeit verbuchen: Ähneln die Urkundenedition nach § 142 ZPO etwa der Dokumentenvorlegung im discovery-Verfahren gem. FRCP 34? Genügt es für die Bejahung der Gemeinsamkeit, dass in beiden Fällen die Partei einer prozessualen Pflicht zur Offenlegung von Erkenntnisquellen nachkommt? Sind sie schon deshalb vergleichbar, weil beide Vorgänge zur prozessualen Aufklärung beitragen? Oder müssen Struktur und normativer Kontext herangezogen werden, um zum Schluss zu gelangen, dass im ersten Fall die Vorlage als Beweis vor dem erkennenden Gericht, im zweiten im Vorfeld einer Beweisaufnahme ausschließlich an die Gegenpartei erfolgt, sodass es sich um unterschiedliche Vorgänge handeln muss? Man sieht, die Betrachtungsweise kann einem äußerlich ähnlichen Vorgang unterschiedliche Bedeutungen verleihen. Ähnlich verhält es sich mit der prozessualen Geheimhaltung. Besteht eine Verwandtschaft zwischen der Offenlegung mit attorneys-eyes-only-Vorbehalt, wie sie im pre-trial des anglo-amerikanischen Zivilprozesses regelmäßig zum Einsatz kommt, und dem von der deutschen Lehre teils befürworteten beweisrechtlichen Parteiausschluss unter Einschaltung eines Prozessvertreters? Bevor eine Antwort gegeben wird, müssen die Grundlagen der Vergleichbarkeit deutlich hervortreten – sonst läuft die Rechtsvergleichung Gefahr, mehr Verwirrung als Klarheit zu stiften. Die Frage der Vergleichbarkeit ist aber auch für die deutsche Rechtsdogmatik von Bedeutung, da sie die Überzeugungskraft ihrer Ansichten – sei es für die Erweiterung der prozessualen Aufklärungspflichten oder für die Einführung eines Geheimverfahrens – gerne durch Bezugnahme auf Recht und Praxis des anglo-amerikanischen Zivilprozesses zu steigern versucht.

Eine vergleichende Betrachtung nationaler Zivilprozessrechte darf sich also nicht mit intuitiv hergestellten Zusammenhängen begnügen, sondern muss durch ein offenes Methodenbewusstsein die Nachvollziehbarkeit der Ergebnisse sicherstellen und sich auf diese Weise der Kritik der durchlaufenen Gedankengänge aussetzen. Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung liefert dazu einen bewährten Ansatz, der auch der Zivilprozessrechtsvergleichen einen brauchbaren analytischen Rahmen anweisen kann: das *tertium comparationis*. Die Vergleichbarkeit von Rechtsinstituten lässt sich nicht abstrakt erfassen, sondern nur vom Standpunkt eines klar definierten gemeinsamen Problems herstellen.¹ Für die Prozessrechtsvergleichen bedeutet dies darüber hinaus, dass sich die kontrastierenden Verfahrensstrukturen der anglo-amerikanischen und kontinentalen Prozesstradition nicht als abstrakte Konstrukte gegenüberstehen, sondern im Bezug zu konkreten Problemen an Einfluss gewinnen oder verlieren. Dieser methodischen Vorgaben eingedenk wird in diesem Kapitel das länderübergreifende Problem aufgedeckt, das der Spannung zwischen Aufklärung und Geheimhaltung zugrunde liegt (I), sodann die Mittel zur Handhabung des Problems aufgezeigt (II), die Nachteile der einzelnen Regelungsoptionen skizziert (III), und der Zusammenhang mit der Prozessstruktur geklärt (IV). Diese Überlegungen sollten genügen, um in den nächsten Kapiteln zum Rechtsvergleich überzugehen.

I. Das Problem prozessfremder Wirkungen der prozessualen Sachverhaltsaufklärung

Alle modernen Zivilprozessrechte sind mit dem Problem der *prozessfremden Wirkungen* der aus prozessualen Anlass freigesetzten Informationen konfrontiert. Im Folgenden werden zuerst die institutionellen Bedingungen dargestellt, die das Problem hervorbringen (1), dann seine beiden Erscheinungsformen veranschaulicht (2). Eine prozessfremde Wirkung tritt nämlich einerseits als eine *Gefahr zweckfremder Verwendung* der durch das Prozessrecht verbreiteten Informationen hervor (2.a)), andererseits kann sie auch als *Widerspruch zu einem materiellen Geheimhaltungsgebot* in Erscheinung treten (2.b)). Schließlich werden einige begriffliche Klarstellungen nachgetragen (3).

¹ Grundlegend *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung* (1996), 33 ff.: „Wenn das Recht funktional als Regelung sozialer Sachverhalte gesehen wird, sind Rechtsprobleme in jedem Land von der gleichen Art“ (45). Zum funktionalen Vergleich des Prozessrechts, *Stürner/Stadler, in: Transnationales Prozessrecht* (1995), 263, 265; *Gottwald, in: FS Schlosser* (2005), 227 ff.

1. Rechtsordnungsübergreifende Grundlagen des Problems

a) Die zivilprozessuale Sachverhaltsaufklärung aus der Vogelperspektive

Ungeachtet des unterschiedlichen Stellenwerts, den die Wahrheitsfindung in verschiedenen Prozessordnungen einnimmt, ist das Recht der Sachverhaltsaufklärung ein bedeutender Teil jedes modernen Zivilprozessrechts.² Es umfasst Vorschriften, die auf Beibringung von Informationen hinwirken. Seine klassische Ausgestaltung ist die Anreizbildung durch Beweislastregelungen. Die Parteien werden angeregt, zur Abwendung des Prozessverlustes in ihrer Kontrolle befindliche Informationen vorzulegen. Die Steuerung der Sachverhaltsaufklärung über Beweislasten hat jedoch eine Beschränkung, die zunehmend als Nachteil empfunden wird. Sie vermag es nicht Informationen einzubeziehen, die sich außerhalb des Kontrollbereichs der beweisbelasteten Partei befinden. Parteiwissen und Urteilsgrundlage sind dann von der (prozessual) zufälligen Verteilung der Erkenntnisquellen zwischen den Parteien abhängig; wenn sich die Beweislastverteilung nicht mit der faktischen Verteilung der rechtsrelevanten Informationen deckt, kommt es zu einer Beweislastentscheidung, obwohl weitere relevante Informationsquellen außerhalb des Prozesses verfügbar gewesen wären. Solche Situationen werden heutzutage weltweit als negativ bewertet – die Entscheidung des Gerichts sollte unter Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen getroffen werden.³ Ausschlaggebend für diese Wertung ist die zunehmende Sorge um die Wirksamkeit des materiellen Rechts, welches seine Funktion der Verhal-

² Siehe *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht (1983), 27 ff., insb. Fn. 127. Es ist aber keineswegs ein selbstverständlicher Bestandteil *aller* Prozessrechte. Prozessuale Aufklärung setzt voraus, dass in einer Rechtsgemeinschaft die Tatsachenermittlung als zuverlässigste Erkenntnisquelle anerkannt ist und der (hinreichend) aufgeklärte Sachverhalt daher als bestgeeignete Grundlage der bindenden Entscheidung dienen kann. Dies erscheint heute als selbstverständlich, ist es aber nicht. Im mittelalterlichen Europa waren Zweikampf, Wasser- und Feuerproben bis 1215 von der Kirche anerkannte Verfahrensweisen (dazu *Taruffo*, *Simplemente la Verdad* (2010), 15 ff.). Bis in die Neuzeit stellen die *Azande* in Zentralafrika einen Ehebruch anhand des Ergebnisses der zeremoniellen Vergiftung von Küken fest (*Chase*, *Law, Culture and Ritual* (2005), 15–29). In diesen Gesellschaften wird die höchste Form der Erkenntnis als Offenbarung verstanden, die nur bei Befolgung bestimmter Rituale (Zeremonie der Giftzubereitung, Segnung der Zweikampfwaffen etc.) zugänglich wird. Entsprechend wird in den Prozessen dieser Gesellschaften nicht auf Grundlage hinreichend aufgeklärter Sachverhalte entschieden, sondern die Entscheidung anderen Erkenntnisphären anvertraut, durch die sich Geister oder Gottheiten offenbaren.

³ Vgl. ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure 16.1 („Generally, the court and each party should have access to relevant and nonprivileged evidence“). Zu diesem Konsens *Stürner*, *RabelsZ* 69 (2005), 201, 235 („universally accepted, fundamental rule“). Sehr emphatisch auch *Taruffo*, *Simplemente la Verdad* (2010), 160 ff., insb. 161 f.

tenssteuerung doch nur auf Grundlage der Wirklichkeit erfüllen könne.⁴ Dieses Bestreben hat wohl im Funktionswandel des Privatrechts seine rechtssoziologische Erklärung. Dieses hat sich in der Neuzeit vom Garanten einer formalen Rahmenordnung zu einem Mittel zielorientierter Gestaltung gesellschaftlicher Zustände gewandelt.⁵

Jedenfalls musste das System der Beweislasten verstärkt um Aufklärungspflichten und/oder richterliche Aufklärungsbefugnisse erweitert werden, die darauf hinwirken, dass grundsätzlich alle (potentiell) rechtserheblichen Informationsquellen herangezogen werden können. Wie die resultierenden Aufklärungssysteme genau strukturiert sind, wird später veranschaulicht. Aus der Vogelperspektive ist zunächst nur relevant, dass jedes moderne Zivilprozessrecht Lasten und Pflichten zur Einbringung von Informationen vorhält, um eine Informationssammlung zu veranlassen, die ohne Prozess nicht zustande kommen würde und deren Umfang sich im Laufe des letzten Jahrhunderts ausgeweitet hat.

b) Die Grundsätze der Verfahrenstransparenz

Zugleich unterstehen moderne Zivilprozesse dem Ideal der Verfahrenstransparenz gegenüber Partei und Allgemeinheit. Einerseits soll jede Person Gelegenheit haben, den Ausgang des Verfahrens, in dem über ihre Rechtsgüter entschieden wird, effektiv mitzubestimmen. Dies setzt ein Informationsrecht der Partei bezüglich des Prozessgeschehens voraus, das verschiedener normativer Grundlage entspringen kann: etwa dem Grundsatz der Waffengleichheit als Forderung eines fairen Verfahrens; mit besonderer Intensität aber dem Anspruch auf Ge-

⁴ „Zivilprozess und Zivilprozessrecht sind [...] Institutionen, die die Anordnungen des materiellen Rechts flankieren und ihre praktische Wirksamkeit sichern.“ *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht (2016), 4 m. w. N., auch 7 f.; ähnlich *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (2013), 5 f. Aus anglo-amerikanischer Sicht (im Zusammenhang mit der Beweisvereitelung) *Solum/Marzen*, (1987) 36 *Emory L. J.*, 1085, 1139: „Truthseeking is important because accurate results are essential if the laws are to serve their social purposes.“ Vgl. auch *Posner*, *Economic Analysis of Law* (2011), 820 f., der die sozialen Kosten vermindelter Verhaltenskontrolle durch falsche Urteile in den Blick nimmt („social cost of an erroneous outcome“). Der Gesichtspunkt der Wirksamkeit des objektiven Rechts ist (zumindest im engeren Sinn) nicht rechtsdogmatisch, sondern betrachtet das Rechtssystem von außen – er ist also rechtssoziologisch bzw. ökonomisch. Aus dogmatischer Sicht erscheint das Bestreben um die Wirksamkeit des Rechts durch umfassende Wahrheitserforschung im Verfahren als Ausfluss der rechtsstaatlichen Rechtsschutzgewährleistung, wie bei *Stürner*, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (1976), 31 ff., insb. 42 f., oder der „rule of law“, wie bei *Zuckerman*, *On Civil Procedure* (2013), Rn. 1.5 („Without remedies there are no rights and without enforceable rights there is no rule of law“).

⁵ Zu diesem Wandel *Teubner*, *ARSP* 1982, 13, 24 f. Vergleichend zum Privatrecht: *Hager*, *Strukturen des Privatrechts in Europa* (2012), insb. 3–28.