

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

Teil 1

Einleitung und Problembeschreibung

<i>Einleitung</i>	2
<i>1. Kapitel. Begriffe und Konstellationen</i>	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 <i>nemo tenetur edere contra se</i>	30
A. Der unklare Regelungsgehalt von <i>nemo tenetur edere contra se</i>	30
B. <i>Nemo tenetur edere contra se</i> und das Verbot der erzwungenen Selbstbezeichnung	31
C. <i>Nemo tenetur edere contra se</i> und die Parteiautonomie	33
I. Der Dispositionsgrundsatz und <i>nemo tenetur edere contra se</i>	34
II. Der Beibringungsgrundsatz und <i>nemo tenetur edere contra se</i>	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 <i>nemo tenetur edere contra se</i>	38
I. Die Beweislastverteilung und <i>nemo tenetur edere contra se</i>	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 <i>nemo tenetur edere contra se</i>	41
1. Begriff	41

2. Die objektive Behauptungslast und <i>nemo tenetur edere contra se</i>	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 Beweismittelwürdigung	88
III. Die offene dogmatische Rechtfertigung der Beweisvereitelung	88

1. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens	89
2. Der Arglisteinwand	90
3. Kompensationsbedürftige wechselseitige Beweismöte	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 <i>precedent</i>	95
II. Das fehlende oder inhaltlich mehrdeutige <i>precedent</i>	96
B. Das Informationsproblem vor dem Übertritt in die <i>pretrial discovery</i>	97
I. Die Verfahrensabschnitte	97
II. Das <i>judgment on the pleadings</i> : Begriff, Voraussetzungen, Wirkungen	98
III. Die Anforderungen an den Klägervortrag: Von <i>notice pleading</i> zu <i>Twombly/Iqbal</i>	99
1. Die früheren Anforderungen: <i>Notice pleading</i>	100
2. Die Verschärfung der Anforderungen durch <i>Twombly/Iqbal</i>	102
a) Die Forderung nach einer plausiblen Klagebegründung	102
b) Konkretisierung I: <i>Bell Atlantic Corp. v. Twombly</i>	103
c) Konkretisierung II: <i>Ashcroft v. Iqbal</i>	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: <i>denials</i> und <i>admissions</i>	109
2. Qualifizierte Verteidigung I: Die <i>negative defenses</i>	111
3. Qualifizierte Verteidigung II: Die <i>affirmative defenses</i> gemäß FRCP 8 (c)	112
a) Begriff	112
b) Entsprechende Geltung der <i>Twombly/Iqbal</i> -Grundsätze?	113
c) Die h.M.: Beschränkung der <i>Twombly/Iqbal</i> -Grundsätze auf den Klägervortrag	114
d) Konsequenzen	115
C. Informationsprobleme im weiteren Verfahrensverlauf	116
I. Fiktiver Verfahrensablauf: <i>trial</i> ohne <i>discovery</i>	116
II. Die Aufklärungsmaßnahmen im Rahmen von <i>disclosure</i> und <i>discovery</i>	117

1. Die <i>discovery</i> und die Suche nach der Wahrheit	117
2. Die <i>initial disclosures</i>	118
3. Die <i>discovery</i>	119
III. Verweigerung und Unmöglichkeit	120
1. Das verbleibende Informationsproblem	120
2. Abhilfe gegen das verbleibende Informationsproblem	122
3. <i>Discovery sanctions</i> wegen vorsätzlicher Beweisvereitelung . . .	123
a) Die Rechtsgrundlage	123
b) Inhalt und Voraussetzungen der Sanktion	125
c) Die Grenzen dieser Sanktionsmöglichkeit	127
4. <i>Discovery sanctions</i> wegen einer Verletzung der <i>duty to preserve</i>	128
a) Die Entstehung der <i>duty to preserve</i>	128
b) Reichweite und Verletzung der <i>duty to preserve</i>	130
aa) Die verbleibenden Problembereiche	130
bb) Notwendige Anhaltspunkte für den Beweiswert	130
cc) Die Grenzen der <i>duty to preserve</i>	131
dd) Die Grenzen der <i>spoliation inference as discovery</i> <i>sanction</i>	132
c) Gerechtfertigter und zufälliger Untergang des Informationsträgers	132
5. Wahrheitspflicht und Verweigerung einer <i>admission</i> gemäß FRCP 36	133
D. <i>Discovery</i> und Vertraulichkeitsschutz	135
I. <i>Relevance</i> im Sinne von FRCP 26 (b)	135
II. <i>Privilege</i> im Sinne von FRCP 26 (b)	136
III. Die <i>protective order</i> 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 <i>lex lata</i>	148
D. Die Überprüfung des Gebots einer umfassenden Wahrheitsforschung	150
E. Effiziente Wahrheitsforschung 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 Wahrheitsforschung 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 äußerungsdeliktierten Konstellationen	170
1. Die im Zeitpunkt der Äußerung erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung	170

2. Die im Zeitpunkt der Äußerung erwiesene 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 Belegatsachen	173
2. Dogmatische Einordnung der „Behandlung wie eine unwahre Behauptung“	174
a) Fehlende Belegatsache und erwiesene Unwahrheit	175
b) Fehlende Belegatsache und objektive Beweislast	176
c) Fehlende Belegatsache und Geständnisfiktion	176
d) Fehlende Belegatsache 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 <i>Undeutsch</i> -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) Belegatsachen 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 <i>BGH</i> , 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: <i>Konkrete Ausgestaltung</i>	234
§ 13 Die Initialbehauptung	234
A. Das Problem: Die inhaltlichen Anforderungen	234
B. Denkbar: Umfassende objektive Belegatsachen	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. Justizsylogismus	240
D. <i>Notice pleading</i> als geeigneter Maßstab für die Initialbehauptung im deutschen Prozessrecht	241
I. Der Standard des <i>notice pleading</i>	241
1. Die positive Beschreibung	241
2. Abgrenzungen	242
a) Nach unten: <i>notice pleading</i> und <i>conclusory allegations</i>	242
b) Nach oben: <i>plausibility</i> und <i>heightened pleading</i>	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 <i>notice pleading</i> unter der Geltung der ZPO	248
1. Rechtsfolgen eines ausreichenden <i>pleadings</i> im U.S.-amerikanischen Zivilprozess	249
a) Der Übertritt in die <i>discovery</i>	249
b) Die Lasten der <i>discovery</i>	250
c) Das Verständnis von <i>Twombly</i> und <i>Iqbal</i> vor diesem Hintergrund	251
2. Rechtsfolgen einer ausreichenden Initialbehauptung in der ZPO	252
3. Die Wirkungen einer Abweisung aufgrund mangelnden Klägervortrags	253
IV. <i>Notice pleading</i> als Phänomen des gegenwärtigen deutschen Zivilprozessrechts	255

V. Das Problem der Geständnisfähigkeit präjudizieller Rechtsverhältnisse	257
1. Schlussfolgernde Behauptung und <i>iura novit curia</i>	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 Belegatsachen 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 Belegatsachen für das weitere Bestreiten	269
I. Die Situation des Gegners der risikobelasteten Partei	269
II. Die spiegelbildliche Bestimmung der erwartbaren Belegatsachen	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 äußerungsdeliktiischer 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 äußerungsdeliktiischen Regeln	290
b) Die prozessrechtliche Entsprechung	291
3. Die Erleichterungen für den Erklärenden und für die risikobelastete Partei	292
a) Die äußerungsdeliktiischen Regeln	292
b) Die nur eingeschränkte prozessrechtliche Entsprechung	292
4. Die gebotene Verallgemeinerung der äußerungsdeliktiischen 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 <i>in camera</i> -Verfahren	327
I. Der Ablauf eines <i>in camera</i> -Verfahrens	327
II. Das <i>in camera</i> -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 <i>in camera</i> -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 <i>erga omnes</i>	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 <i>iura novit curia</i>	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 Beleg Tatsachen auf der Vortragsebene	413
3. Hinweispflicht und erwartbare Beleg Tatsachen 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 Beedigungsfähigkeit 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 Bewiswürdigung	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
<i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>	461
Literaturverzeichnis	475
Stichwortverzeichnis	503