Christoph G. Paulus

Rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Betrachtungen im Zusammenhang mit der Beweisvereitelung

Antrittsvorlesung

30. November 1995

Humboldt-Universität zu Berlin
Juristische Fakultät

Herausgeberin:
Die Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Marlis Dürkop

Copyright: Alle Rechte liegen beim Verfasser

Redaktion:
Gudrun Kramer
Forschungsabteilung der Humboldt-Universität
Unter den Linden 6
10099 Berlin

Herstellung:
Linie DREI, Agentur für Satz und Grafik
Wühlischstr. 33
10245 Berlin

Heft 68

Redaktionsschluß: 30. 05. 1996

I Das Problemfeld

Es gibt wohl nur wenige Themen, die sich derart gut für eine vergleichende Betrachtung eignen wie die Beweisvereitelung. Denn zumindest in ihrer mit vollem Vorsatz begangenen Erscheinungsform stellt sie etwas Urmenschliches dar. Noch nie hat es den Menschen sonderliches Vergnügen bereitet, ihrer Schuld überführt zu werden: Das Sinnen auf ein Ausweichen und Entkommen ist vermutlich so alt wie die menschliche Kultur überhaupt: So schiebt denn bereits Adam nach der vorwurfsvollen Frage Gottes im Garten Eden die Verantwortung auf Eva - übrigens nicht ohne dem Fragenden dabei eine gehörige Portion Mitschuld an dem ganzen Vorkommnis zuzuschieben, indem er seine Frau kennzeichnet als: „Das Weib, das DU mir zugesellt hast“[1] -, und Eva reicht ihrerseits die Verantwortung auf die Schlange weiter (1.Mos.3,9-13). Übrigens geht in der nächsten Generation diese Art von Versteckspiel gleich weiter, als Kain Gottes Frage nach dem Verbleib von Abel mit der Gegenfrage beantwortet: „Soll ich meines Bruders Hüter sein?“ (1.Mos.4,9). Von solchen Ausflüchten ist es - gerade wenn das Gegenüber nicht der ohnedies Allwissende ist - nur ein kleiner Schritt, an den Dingen und Personen herumzumanipulieren, die die eigene Schuld zu beweisen vermögen. Auch hierfür bieten sich bereits in der Genesis Beispiele: etwa wenn Rahel gegenüber ihrem erzürnten Vater ein Befinden „nach der Frauen Weise“ (31,35) vortäuscht, um nicht aufstehen und damit die unter ihrem Rock versteckte Hausgottstatue preisgeben zu müssen, oder wenn Joseph‘s Brüder dessen Rock in Ziegenblut tauchen, um den Verkauf ihres Bruders als Unfall zu tarnen (37,31).

Seither ist die Kette entsprechender Manipulationen nicht abgerissen: Absichtlich oder unabsichtlich, vorsätzlich oder fahrlässig wurden und werden heute wie wohl auch künftig noch und

allüberall Beweisstücke zurechtgebogen, beeinflußt oder auch beseitigt - ohne Unterschied, ob es sich dabei um Gegenstände oder Menschen handelt. Im Strafprozeß ist dies gewissermaßen selbstverständliche Verteidigungstaktik, und im Zivilprozeß, über den ich im folgenden reden will, ist das nicht viel anders.

II Die Beweisvereitelung im deutschen Zivilprozeßrecht

Angesichts der Vielgestaltigkeit ihrer Erscheinungsformen stellt sich für den Prozeßrechtler als erstes die gar nicht einfach zu beantwortende Frage, was er denn überhaupt unter den Begriff ‚Beweisvereitelung' subsumieren will. Denn bei Licht besehen stellen alle zuvor genannten Manipulationen und „Zurechtbiegereien" zumindest den Versuch dar, die objektive Wirklichkeit nachträglich abzuändern und damit den Beweis dessen, „wie es sich wirklich zugetragen hat", zu erschweren oder gar zu vereiteln. Nachdem das aber, wie schon erwähnt, das alltägliche Brot der Gerichtspraxis ist - vielleicht ein wenig vergleichbarmit der beschönigenden Abfassung von Steuererklärungen -, begnügt man sich insoweit durchwegs mit der nicht oder nur kaum sanktionierten Wahrheitspflicht der Parteien in § 138 I ZPO.

Die technische Bedeutung der Beweisvereitelung setzt daher erst „im Gröberen" ein: Man definiert sie nämlich herkömmlicherweise als ein Tun oder Unterlassen desjenigen, der gerade nicht zum Beweis verpflichtet ist, der aber gleichwohl dem eigentlich Beweisbelasteten den von ihm zu erbringenden Beweis schuldhaft unmöglich macht[2]. Das ist zwar immer noch ziemlich allgemein gehalten und vor allem deswegen recht unpräzise, weil nach deutschem Zivilprozeßrecht grundsätzlich niemand gezwungen ist, seinem Prozeßgegner das von ihm benötigte Beweismaterial zu beschaffen. Gleichwohl hinterließe eine strikte Anwendung dieser Maxime allzu oft ein allzu großes Unbehagen. Aber selbst, wenn man dieses Unbehagen zu strukturieren versucht, indem man beweisvereitelndes Verhalten zu klassifizieren beginnt, zeigt sich immer noch, daß es sich dabei um eine ‚Sammelbezeichnung' handelt. Ein paar Beispiele belegen das:

Nr. 1: Ein Arzt hatte Operationstupfer in der Wunde zurückgelassen und sie in einer zweiten Operation sodann entfernt, nicht aber aufbewahrt. In dem anschließenden Schadensersatzverfahren war dem Patienten daher die Möglichkeit verbaut, die Größe dieser Tupfer zu belegen. Sieht man darin mit dem BGH[3] eine Beweisvereitelung, stellt sich als nächstes natürlich die Frage, wie lange denn der Arzt den Tupfer hätte aufbewahren müssen.

Nr. 2: Zwei Geschwister streiten sich um das Erbe ihrer Eltern. Der Kläger behauptet seine alleinige Berechtigung mit der Begründung, ein gemeinschaftliches Testament ihrer Eltern sehe das so vor. Dieses Testament ist jedoch nicht mehr vorhanden, weil die Schwester es vernichtet hat. Sie sagt, dies noch auf Geheiß ihres Vaters getan zu haben[4].

Nr. 3: Der im laufenden Verfahren Beweisverpflichtete kann den Zeugenbeweis deswegen nicht antreten, weil er die ladungsfähige Anschrift des Zeugen nicht kennt. Die Gegenpartei kennt sie dagegen sehr wohl, gibt sie aber nicht preis.

Schließlich Nr. 4: Ein in seinem Heimatland lebender Italiener[5] wird vor einem deutschen Gericht auf Zahlung von Unterhalt als Vater verklagt. Er verweigert jedoch seine für die Vaterschaftsfeststellung erfoderliche Mitwirkung an der serologischen Begutachtung. Als Begündung gibt er an, daß es in Italien keinen Zwang zu einer derartigen Blutprobe gebe. Die gleiche Begründung haben in entsprechenden Fällen etwa auch ein Engländer oder ein Pole vortragen.[6]

Diese wenigen Beispiele belegen, daß eine Beweisvereitelung vor einem Prozeß oder während eines solchen stattfinden, daß sie absichtlich oder fahrlässig erfolgen kann. Sie kann darüber hinaus von der Prozeßpartei selbst oder von einem Dritten vorgenommen worden sein - so, wenn etwa der Sohn des Klägers den Unfallwagen verkauft und damit der beklagten Versicherung den Nachweis unmöglich macht, der Unfall sei wegen der abgefahrenen Reifen passiert.[7]
Es mag auch mit dieser Vielgestaltigkeit zu tun haben, daß so-

wohl die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung in der deutschen Prozeßrechtswissenschaft in einem Maße umstritten sind wie kaum ein anderes Thema sonst.[8] Nun gibt es zwar in der ZPO eine ganze Reihe von Vorschriften, die beweisvereitelndes Verhalten sanktionieren[9]. Doch mißt man ihnen keine verallgemeinerungsfähige Aussagekraft zu, weil sie sich auf die beiden Beweismittel des Urkundenbeweises und der Parteivernehmung beschränken. Für eine Analogiebasis sei das zu schmal. Damit ist, für jeden Juristen deutlich erkennbar, eine Einladung ausgesprochen, auch seine Meinung noch in den überquellenden Topf der Definitionsvorschläge einzubringen.

Damit ist eine weitere Fähigkeit des Juristen aufgerufen - nämlich diejenige, in ein Chaos Ordnung hineinbringen zu können. Und es findet sich in der Tat eine Ordnung auch hier, wenn auch auf hoher Abstraktionsebene. Was die Tatbestandsvoraussetzungen anbelangt, so ist man sich nämlich insoweit einig, daß - objektiv - ein beweisvereitelndes Handeln vorliegen muß sowie - subjektiv - ein Verschulden. Eine solche subjektive Vorwerfbarkeit ist nach Ansicht des BGH[10] etwa dann ausgeschlossen, wenn die Verweigerung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, 15 Jahre zurücklag, bevor sich der Kläger schließlich zu einer Klage aufraffte, in der er die Untersuchungsergebnisse zu Beweiszwecken benötigt hätte.

Was die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung anbelangt, so deckt das von der Literatur vorgeschlagene und von der Rechtsprechung praktizierte Angebot nahezu alles ab, was das deutsche Beweisrecht in seiner ganzen Unübersichtlichkeit[11] an Beweiserleichterungen zu bieten hat - bis hin zur Wahrunterstellung der nun nicht mehr beweisbaren Tatsache[12] oder zur Umkehr der Beweislast[13]. Übrigens ist eben dieser Umkehr der Beweislast jüngst erst das inzwischen fast schon zur Modeerscheinung gewordene Schicksal widerfahren, in die Mühlen verfassungsrechtlicher Kontrolle geraten zu sein[14] - allerdings, ohne daß in dieser Diskussion die m.E. unabdingbare Vorfrage auch nur angedeutet würde, ob denn die Grundregel der Beweislastverteilung ihrerseits überhaupt verfassungsgemäß ist. Wie schon angedeutet,

muß nach dieser Regel derjenige den Beweis der Tatsachen erbringen, der aus der Rechtsfolge der fraglichen Norm Vorteile erzielen will. Das ist natürlich primär einmal der Kläger, so daß sich die Grundregel wie eine prozessuale Umschreibung des Satzes: „quieta non movere“ oder - historischer - „Ruhe ist die erste Bürgerpflicht“ auswirkt.[15]

Doch auch bei den Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung kann man bei aller Divergenz der Ansichten und Vorschläge eine Gemeinsamkeit festhalten: nämlich, daß sie immer im prozessualen Bereich gesucht wird. Es ist immer der Richter, der auf ein entsprechendes Verhalten in dem späteren oder gerade laufenden Verfahren reagieren soll oder darf. Zwar hat man ganz vereinzelt auch einmal an eine deliktische Verantwortlichkeit gedacht[16] - dabei vielleicht auch an eine Ersatzpflicht in Geld[17] -, doch wurde dieser Ansatz sofort mit exakt denselben Erwägungen beiseite geschoben, die schon fast 2000 Jahre zuvor von einigen römischen Juristen als nicht ganz stichhaltig entlarvt worden sind, und die seit neuestem auch in den USA einer sich wandelnden Einschätzung unterliegen.

Anders als hier in Deutschland gab es nämlich zumindest im römischen Formularprozeß unter der Bezeichnung *furtum tabularum* ein Delikt der Beweisvereitelung; und seit gut 10 Jahren beginnt sich in dem Common Law der USA ein ganz entsprechendes „spoliation tort“ offenbar zu etablieren. Nun hat Theodor Mommsen einmal gesagt: „Wie der Diamant nur durch sich selbst geschliffen werden kann, so bildet der Mensch sich nur am Menschen.“[18] Das läßt sich wohl auch auf Rechtsinstitute übertragen, so daß ich *furtum* wie tort im folgenden beschreiben[19] und sodann überlegen will, warum ein solches Delikt in jenen Rechtsordnungen besteht, in der unsrigen dagegen nicht. Daß dem in Deutschland so ist, ist (zumindest auf den ersten Blick) umso erstaunlicher, als das Deliktsrecht und das Recht des Schadensersatzes in Deutschland derzeit wahrhaft floriert und mit beiden Absätzen des § 823 BGB sowie mit § 826 BGB einen reichhaltigen Fundus anbietet. Man könnte darüber hinaus sogar auf die Idee verfallen, Anleihen im Vertragsrecht zu machen und das Prozeß-

rechtsverhältnis als die Grundlage besonderer, vielleicht sogar auch einmal schon vorwirkender Sorgfaltspflichten zu deklarieren und auf diese Weise zu einem Schadensersatzanspruch zu kommen.

III Das römische *furtum tabularum*

Wie schon angedeutet, erörtere ich hier nicht das Legisaktionen- oder Kognitionsverfahren, ganz zu schweigen vom justinianischen Zivilprozeß[20], sondern allein den Formularprozeß der klassischen Zeit. Ich darf daran erinnern, daß sich dieser von seinem Vorläufer - dem Legisaktionenverfahren - dadurch unterscheidet, daß in ihm das vom Prätor zugebilligte Prozeßprogramm nicht mehr so eng an den Wortlaut der *lex*, des Gesetzes, gebunden war, sondern sich anhand der ediktalen Vorgaben flexibler und geschmeidiger auf den konkreten Einzelfall ausrichten konnte.[21] Die ansonsten immer wieder betonte Gemeinsamkeit der beiden Verfahrenstypen, nämlich in zwei Abschnitte - *in iure* (d.h. vor dem Gerichtsmagistrat) und *apud iudicem* (d.h. vor dem richterlichen Privatmann) - unterteilt zu sein, bedarf wohl einer Korrektur; doch darauf werde ich weiter unten zu sprechen kommen.

Um das *furtum tabularum* als eine Erscheinungsform der Beweisvereitelung[22] bezeichnen zu können, muß man sich zunächst Klarheit darüber verschaffen, ob es denn im römischen Zivilprozeß überhaupt eine fest geregelte Beweislastverteilung gegeben hat. Denn nach der zuvor mitgeteilten Definition der deutschen Prozeßrechtslehre kann sich schließlich der Beweisvereitelung immer nur derjenige schuldig machen, den die Beweislast gerade nicht trifft. Die Frage wird grundsätzlich zu bejahen sein, auch wenn hier vieles umstritten ist[23], und auch wenn Aulus Gellius in seines *noctes Atticae* davon berichtet, daß ein Richter das Endurteil mit der Begründung verweigern konnte, ihm sei die Sache nicht klar[24]. Denn erstens befleißigte man sich im antiken Rom in der Anwendung der Beweislastverteilung wohl sicher nicht derselben ausnahmslosen und unerbittlichen Konsequenz, die wir heutzutage als Wesensmerkmal einer Judikative anzusehen ge-

wohnt sind. Doch hatte, zweitens, bereits die klassische Zeit den Grundsatz formuliert, daß den Kläger die Beweislast treffe, und daß der Beklagte hinsichtlich der Exceptionen wie ein Kläger agiere. So sagt etwa Marcian:*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (D 22.3.21: die Notwendigkeit zu beweisen trifft immer den Kläger). Zwar macht diese Formulierung des unter den Severern schreibenden Juristen nicht ganz deutlich, ob sie das Kognitionsverfahren oder den Formularprozeß adressiert, doch wird das wahrscheinlich durch die gut 100 Jahre zuvor von Celsus festgehaltene Gegenregel: *verum est, quod qui excipit, probare debeat, quod excipitur* (D 22.3.9: es ist hM, daß derjenige, der sich auf eine prozessuale Ausnahme beruft, diese zu beweisen hat). Bei Ulpian findet sich die celsinische Aussage schließlich ihre klassische Form: *nam reus in exceptione actor est* (D 44.1.1; denn hinsichtlich einer prozessualen Ausnahme gilt der Beklagte als Kläger).

Nachdem diese Vorfrage geklärt ist, rückt das *furtum tabularum* in den Vordergrund und damit die Frage, was die Römer unter diesem Begriff zusammengefaßt haben[25]. Die herkömmliche Übersetzung von *furtum* mit Diebstahl lenkt unser heutiges Verständnis in die falsche Richtung - nämlich die des Strafrechts. Nicht nur, daß der Tatbestand des *furtum* weiter ist als der des heutigen § 242 StGB[26] und die Sachentziehung mitumfaßt - vor allem war die Sanktion zumindest in klassischer Zeit noch zivilrechtlich[27], nämlich Schadensersatz. Damit korrespondiert die Verfolgung eines solchen Delikts, die in dieser Periode noch völlig in den Händen Privater, d.h. also vornehmlich der Betroffenen selbst, lag.

Das Wort *tabula* hat außer der weiten Bedeutung einer bemal- oder beschreibbaren Tafel im juristischen Kontext vornehmlich die Bedeutung von Urkunde. Prototyp derartiger Tafeln ist etwa die Testamentsurkunde, doch fallen darunter auch alle sonstigen schriftlichen Aufzeichnungen, die der Beweissicherung dienen sollen[28]. Als solche zählt sie beispielsweise Quintilian im Kontext der *instrumenta*, d.h. der Beweismittel insgesamt, zu denjenigen Beweismitteln, gegen die man als gegnerischer Red-

ner recht problemlos und eigentlich immer etwas vortragen könne (inst. 5.5.1 ff.). Darauf, was alles in solchen *tabulae* beurkundet war, werde ich alsbald noch zu sprechen kommen. Doch steht so viel auch jetzt schon fest, daß die völlige oder auch nur teilweise, etwa durch das Verschmieren des Wachs‘ herbeigeführte Vernichtung[29] oder die Unterschlagung - kurzum ein *furtum*[30] - derartiger Urkunden das Scheitern eines Prozesses bedingen konnte.

Nun stellten angesichts des Beweisvereitelungsdelikts einige *(quidam)* nicht anders als knapp 2000 Jahre später etwa Arwed Blomeyer[31] hier bei uns die Frage, wie denn der Schaden in dem zweiten, dem Schadensersatzprozeß bewiesen werden solle: Wenn dem jetzigen Richter nämlich der Schaden nachgewiesen werden kann, so setzt das den Nachweis des Urkundeninhalts voraus; kann der aber nachgewiesen werden, hätte das bereits im ersten Prozeß geschehen können und müssen und darf nicht nunmehr in einem Parallel- oder Nachfolgeprozeß nachgeholt werden. Wenn der Deliktskläger den Urkundsinhalt dagegen nicht mehr nachweisen kann, so kann er auch nicht seinen Schaden belegen[32]. In diesem Einwand der *quidam* stecken bereits die beiden Argumente, die auch heute die Problemzonen eines Beweisvereitelungsdeliktes sind: erstens die Kausalität zwischen dem verlorenen Erstprozeß und der Beweisvereitelung[33], und zweitens die Berechnung des Schadens[34]. Auch darauf wird zurückzukommen sein.

Der spätklassische Jurist Iulius Paulus hält dem Einwand der quidam ganz lapidar entgegen: *potest post furtum factum tabulas nanctus esse actor, ut ex eo probet, quanti sua interfuerit, si tabulas nanctus non esset* (der Kläger kann nach dem furtum die Urkunde wiedererlangt haben, mittels derer er seinen Schaden nachzuweisen vermag). Etwas realistischer oder auch ernsthafter(?) entgegnet der ein halbes Jahrhundert früher wirkende Jurist Gaius demselben Einwand, es könnten ja zwischenzeitlich neue, weitere Beweismittel aufgetaucht oder aber die bislang unterdrückte Urkunde in den Besitz des Beweisführers gelangt sein.[35]
Mißt man diese doch eher exceptionellen Fälle an der Häufigkeit,

mit der - in moderner Diktion - Beweisvereitelungen thematisiert und gerade nicht in der Form der *quidam* problematisert werden[36], so lassen sich daraus wohl zwei Schlüsse ziehen: Erstens, daß diese *quidam* vermutlich eine von den Juristen nicht sonderlich ernst genommene Gruppe gewesen zu sein scheint. Da deren Argument Ähnlichkeiten mit den berühmten Fangschluß-Fragen aufweist - in der Art etwa des Kreters, der sagt: „Alle Kreter lügen“[37] - liegt es durchaus nahe, in den *quidam* Rhetoren zu sehen, denen die Juristen mit herablassender Oberflächlichkeit zu antworten geruhen[38]. Ein zweiter Schluß läßt sich zumindest nach unserem heutigen Kenntnisstand (noch) nicht belegen; doch drängt ihn das Schweigen der Juristen gewissermaßen auf: In dem Schadensersatzprozeß wird es wohl hinsichtlich der Kausalität und des Schadens reduzierte Beweisanforderungen gegeben haben - was umso wahrscheinlicher ist, als zum einen die Beweislastregelungen, wie schon erwähnt, keinesfalls mit moderner Rigorosität angewendet wurden, und als zum anderen der Schaden wenigstens in einem Teil der Fälle über das *iusiurandum in litem* - d.h. die vom Kläger eidlich bekräftigte Schätzung seines Schadens - festgestellt werden konnte.[39]

IV Das US-amerikanisches spoliation tort

Wenn ich mich nunmehr dem US-amerikanischen Recht zuwende, so ist als erstes zu konstatieren, daß auch dort die aus dem englischen Common Law übernommene Maxime *omnia praesumuntur contra spoliatorem* schon seit langem galt und nach wie vor gilt[40]. Wie im deutschen Recht wurde und wird also auch dort innerprozessual eine Vermutung zu Lasten des Beweisvereitelnden aufgestellt - ein zweiter Prozeß um den deliktischen Schadensersatz ist im Anwendungsbereich dieser Maxime daher nicht denkbar. Es war - fast möchte man sagen: natürlich - wieder einmal ein kalifornisches Gericht, das es sich nicht hat nehmen lassen, Bewegung in diese Rechtslage hineinzubringen. Im Jahre 1984 entschied der für den Sprengel von Los Angeles zuständige Court of Appeal in der Sache Smith v. Superior Court, daß die Vernichtung (spoliation oder destruction) von Beweismaterial ein

Delikt (tort) konstituieren könne[41]. Da dergleichen zuvor noch nie kreïert worden war[42], beginnen die Entscheidungsgründe mit einem Zitat aus Prosser‘s berühmten Deliktsrechts-Lehrbuch: „New and nameless torts are being recognized constantly.“[43] Den Richtern ist das Ansporn, die Neuheit des Delikts nicht zum Hindernis für einen wirksamen Rechtsschutz werden zu lassen und und ihm auch gleich den Namen ‚spoliation tort‘ zu geben.

Der Sachverhalt war folgender: Mrs. Smith erlitt dadurch einen Autounfall mit schweren Verletzungen, daß sich der linke Vorderreifen eines entgegenkommenden Van‘s während der Fahrt löste und ihren Wagen demolierte. Der Van wurde sofort nach dem Unfall zu einer gewissen ‚Abbott Ford Incorporation‘ gebracht. Das war nicht nur die Firma, von der der Fahrer den Wagen gekauft hatte, sondern Abbott Ford hatte zuvor noch eben diesen Van mit ganz speziellen Reifen ausgestattet. Der Anwalt von Mrs. Smith kam mit der Firma überein, daß sie den besagten linken Vorderreifen aufbewahren solle - und zwar zum Zweck einer technischen Überprüfung im Hinblick auf einen eventuellen Produkthaftungsprozeß gegen Abbott Ford. Bevor es jedoch dazu kommen konnte, zerstörte, veräußerte oder verlor (was genau, ließ sich offenbar nicht mehr ermitteln) Abbott Ford in voller Kenntnis des Aufbewahrungszweckes den Reifen und machte damit dessen Inspektion und infolgedessen auch die Erfolgsaussichten der Produkthaftungsklage zunichte[44]. Daraufhin verklagten Mrs. Smith und auch ihr Gatte die Firma auf Schadensersatz; als Schaden machten sie die erhebliche Verschlechterung ihrer Erfolgsaussichten geltend, Ersatz für ihren körperlichen und immateriellen Schaden zu erlangen.[45]

Das Gericht gab der Klage statt.[46] Die Schwierigkeit sowohl des Kausalitätsnachweises als auch der Schadensberechnung überwand es mit Hilfe eines erneuten Hinweises auf ein Prosser‘sches Stichwort, nämlich die Bedeutsamkeit von „probable expectancies“ (begründeten Erwartungen) in der heutigen, komplexen Welt; das Obsiegen in dem Produkthaftungsprozeß stellte nach seiner Ansicht eine solche Erwartung dar. Indem also die Beeinträchtigung der „opportunity to win their suit“ (837) zum maß-

geblichen Kriterium erkoren wurde, reduzierte das Gericht - nicht anders, als man das in Rom wohl auch gemacht hat - die Nachweisanforderungen in dem zweiten, dem Schadensersatzprozeß.

Die Legitimation zu einer derartigen Lockerung ergab sich für die Richter aus einer Entscheidung des US Supreme Court im Jahr 1931, in der es wörtlich heißt: „Wo das Delikt seiner Natur nach dergestalt ist, daß die exakte Angabe des Schadensumfangs mit Sicherheit ausgeschlossen ist, wäre es eine Perversion fundamentaler Gerechtigkeitsprinzipien, dem Geschädigten den Rechtsschutz zu versagen und dadurch den Schädiger von jeglicher Ausgleichspflicht zu befreien. Natürlich dürfen in einem solchen Fall die Schäden nicht aufgrund bloßer Spekulation oder purer Vermutung festgelegt werden; doch genügt es, wenn der Schadensumfang in gerechter und nachvollziehbarer Weise angedeutet wird, selbst wenn das Ergebnis seinerseits nur Annäherungswert haben kann.“[47] Über dieses Präjudiz hinaus stellte das kalifornische Gericht auf die rechtspolitische Erwägung ab, daß nur eine wirksame und möglichst hohe Schadensersatzsanktion die Beweisvereitelung unattraktiv machen könne; dem Schädiger müsse jeglicher Anreiz genommen werden, die Beweisvereitelung als die billigere Lösung zu bevorzugen.

Smith v. Superior Court wird in den USA nunmehr als der leading case für eine vorsätzliche Beweisvereitelung[48] angesehen. Einige Staaten - Florida[49] etwa, Alaska[50] oder New Jersey[51] - haben sich diesem Präjudiz angeschlossen; andere verhalten sich im Hinblick auf die angesprochenen Schwierigkeiten abwartend, wieder andere ablehnend. Eine ähnliche Entwicklung deutet sich bei der Anerkennung einer Schadensersatzverpflichtung für lediglich fahrlässig begangene Beweisvereitelung ab, obgleich die Zurückhaltung der Gerichte hier deutlicher zu spüren ist. Denn ein derartiges Delikt setzt voraus, daß der Verletzer die Pflicht hat, den Beweisgegenstand aufzubewahren; die aber gibt es nach der derzeitigen Rechtsprechung allenfalls höchst selten[52]. Ob sich der ‚spoliation tort‘ eines Tages als feste Fallgruppe des Common Law-Deliktsrechts etablieren wird, kann also zum heutigen Zeitpunkt noch nicht vorhergesehen werden. Doch legt auf jeden Fall

auch schon der beschriebene Anfangserfolg die zuvor bereits aufgeworfene Frage nahe, warum diese deliktische Betrachtungsweise in den USA wie in Rom Fuß fassen kann oder konnte, bei uns hierzulande dagegen gar nicht - oder bestenfalls peripher.

V Unterschiede und Gemeinsamkeiten

Daß zwischen den drei von mir beschriebenen Rechtsordnungen Unterschiede bestehen, ist eine banale Feststellung. Daß Gemeinsamkeiten zwischen dem römischen und dem deutschen (bzw. dem kontinentaleuropäischen) Recht existieren, gerät zwar zunehmend in Vergessenheit, ist aber nach wie vor eine offen zutage liegende Selbstverständlichkeit. Daß schließlich auch das römische und das englische Recht - und damit zugleich der angloamerikanischen Rechtskreis - erhebliche Gemeinsamkeiten (oder doch Parallelen) aufweisen, ist zwar häufig beobachtet worden[53], rückt aber erst in jüngster Zeit mehr und mehr ins Zentrum rechtsgeschichtlicher wie rechtspolitischer Betrachtungen.[54]

Die zunehmend sich im Bewußtsein verankernde Erkenntnis, daß nicht nur die kontinentalen, sondern auch das englische Recht aus römischen Wurzeln gespeist und erwachsen ist, soll nämlich als Vehikel dazu dienen, gewissermaßen „zurück in die Zukunft“ zu fahren. Die europäische Rechtsangleichung oder -vereinheitlichung[55] kann oder soll danach an die lange historische Phase gemeinsamen - römischen - Rechts anknüpfen, die nach einer weiteren Phase nationaler Abspaltungen und Alleingänge nunmehr wieder in eine dritte, um die je individuellen Erfahrungen angereicherte Phase gemeinsamen europäischen Rechts übergeleitet wird. Eklatante Beispiele derartiger Bemühungen sind es etwa, wenn die Juristische Beschwerdekammer des Europäischen Patentamtes in mehreren Entscheidungen explizit auf römische Rechtsregeln zurückgreift, um die Divergenzen der involvierten Rechtsordnungen zu überbrücken[56]. Oder wenn Widersprüche des inländischen Rechts, die beispielsweise durch die auf eine europäische Initiative zurückgehende Computerrechtsnovelle in das nationale Urhebergesetz hineingetragen worden sind, mittels ei-

nes direkten Rückgriffs auf die römische fides aufgehoben werden statt durch einen Rekurs auf ‚Treu und Glauben' des § 242 BGB.[57]

1.) Die Sanktion

Wenn ich nun vor diesem Hintergrund meine thematische Hauptfrage wieder aufgreife - warum in Rom und in den USA ein Delikt der Beweisvereitelung und warum nicht hierzulande? -, so springt ein vielleicht etwas vordergründiger Punkt sofort ins Auge. Während das deutsche Schadensersatzrecht über § 249 BGB vom Gedanken des Ausgleichs für die erlittene Einbuße geprägt ist[58], gab es in Rom und gibt es in den USA mit einer Schadensersatzklage etwas zu gewinnen. Die amerikanischen punitive damages sind weltweit ebenso berühmt wie berüchtigt[59], weil sie die nach unserem Verständnis astronomischen Schadensersatzbeträge ermöglichen, indem sie in die Berechnung spezial- und/oder generalpräventive Erwägungen sowie die auf freier Vereinbarung beruhenden Anwaltskosten[60] miteinbeziehen. Im Zusammenhang mit einer intentional spoliation hat sich bislang zwar erst eine Entscheidung[61] für die Gewährung derartigen Strafschadensersatzes ausgesprochen; doch auch wenn die Konstellation dieses Falles dadurch eine Besonderheit aufwies, daß das Beweismittel durch eine dritte Person unterdrückt wurde, spricht nichts dagegen, daß punitive damages in „normaleren" Fällen ebenfalls zugesprochen werden können.[62]

Die römische actio furti machte die vom Schädiger zu entrichtende Schadensersatzleistung nicht von den Umständen des Einzelfalls abhängig, sondern pauschalierte vielmehr von vornherein: bei einem nicht auf frischer Tat ertappten *furtum (nec manifestum)* lautete die Verurteilung auf das Doppelte, bei einem manifesten Diebstahl dagegen auf das Vierfache[63] des entwendeten Sachwerts[64].

Nun ist diese Parallele zwischen dem römischen und dem US-amerikanischen Schadensersatzrecht zwar durchaus auffallend, doch darf man hierbei nicht stehen bleiben und den Unterschied zum deutschen Recht damit als erklärt deklarieren. Das geht

schon allein deswegen nicht an, weil nach wie vor der bei weitem überwiegende Teil der amerikanischen Jurisdiktionen gerade nicht die deliktische Lösung wählt, sondern, wie das deutsche Recht auch, den innerprozessualen Weg der Beweiserleichterungen bevorzugt. Gerade angesichts dieses Umstandes muß man die Suche nach den Gemeinsamkeiten und Unterschieden präzisieren: Welche rechtlichen Gegebenheiten im römischen und im US-amerikanischen Recht favorisieren die deliktische Lösung, die das deutsche Recht nicht aufweist? Mit dieser Frage stößt man zu der Grundstruktur der drei involvierten Verfahrensordnungen vor, die es nunmehr darzustellen gilt.

2.) Die Grundstrukturen

a.) Rom

Beginnen wir, der Anciennität die Ehre erbietend, mit dem römischen Formularprozeß. Wie ich zuvor schon mitgeteilt habe, heißt es von ihm immer, daß er - wie sein Vorgänger, der Legisaktionenprozeß, auch - ein zweigeteiltes Verfahren sei: Teil eins spiele sich vor dem Prätor, Teil zwei vor dem Richter ab. An der Richtigkeit dieser Struktur mehren sich jedoch in letzter Zeit nachhaltige Zweifel[65], die u.a. durch erst vor kurzem in Pompeji gefundene Urkunden[66] Nahrung erhalten, und die auf eine Dreiteilung des Verfahrens hinauslaufen. Einige dieser Funde dokumentieren nämlich einen Streit zwischen den Herren L.Faenius Eumenes und C.Sulpicius Faustus, der buchstäblich bis vor die Türe des Gerichtsmagistraten getragen, dann aber offenbar irgendwie, vermutlich im Vergleichswege, beigelegt worden ist.

Die für die herkömmliche romanistische Betrachtungsweise augenfälligste Besonderheit dieses Disputes besteht in der Ausführlichkeit, Intensität und juristischen Exaktheit, mit der dieser „vorprozessuale“ Streit geführt wird. Der prospektive Kläger legt sich darin u.a. dergestalt fest, daß er *acturus ex empto*, daß er also mit der *actio empti* (wohl auf die Verschaffung des Kaufgegenstandes[67]) vorgehen wolle. Mit dieser Ankündigung kommt er seiner Editionspflicht nach. Die *editio* ist einer der Kernbegriffe des Formularverfahrens: Sie bezeichnet die Mitteilung des künftigen Klägers an den künftigen Beklagten, in welcher Weise und

mit welcher rechtlichen Handhabe er prozessual vorzugehen gedenke. Während der Quellenbefund mit großer Eindeutigkeit darauf hinweist, daß diese *editio* ein einmaliger Vorgang ist, ging die ältere Lehre im Gefolge von so klanghaften Vertretern des Faches wie Lenel und Wlassak[68] von einer Stufung aus: zuerst werde einmal im Privaten ediert, bevor dann die offizielle und maßgebliche *editio* vor dem Prätor stattfinde. Indem dieser zweiten Edition, die - das sei noch einmal wiederholt - quellenmäßig nirgends belegt ist, das Hauptgewicht zugesprochen wird, wird der Formularprozeß tatsächlich zu einem zweigeteilten Verfahren: Denn wenn die vorherige private *editio* im Grunde genommen belanglos sein sollte, spielt sie strukturell überhaupt keine, oder doch zumindest keine entscheidende Rolle.

Die pompeianischen Urkunden und eine erneute Durchsicht der Quellen legen jedoch die Vermutung sehr nahe, daß die ältere Lehre das private Vorgespräch der Parteien in seiner Bedeutung unterschätzt und dadurch das Verfahren vor dem Prätor überschätzt hat. Natürlich ist letzteres für die Streitbefestigung, die sog. *litis contestatio*[69], und für die Einsetzung des Richters maßgeblich und unabdingbar gewesen; natürlich hat es dort darüber hinaus auch tatsächlich interaktive Verhandlungen zwischen den Parteien - die sog. *interrogatio in iure*[70] - gegeben. Doch wird in der wohl überwiegenden Anzahl der Fälle der Prätor seine Mitwirkung an der Streitbefestigung allein darauf beschränkt haben, den von den Parteien vorprozessual exakt ausgehandelten Formelvorschlag „abzusegnen“. Wenigstens in diesen Fällen wurde die juristische Hauptarbeit infolgedessen zu einem Zeitpunkt erledigt, zu dem der Jurisdiktionsmagistrat von dem Streit noch nicht einmal Kenntnis hatte. In diesem Vorfeld waren denn auch die beratenden Juristen involviert, die die Prozeßformel zu dem Meisterwerk verfeinerten, als welches es die Nachwelt bis in die heutige Zeit beeinflußt hat.

Über die Gründe, warum die ältere Lehre dieses vorprozessuale Geschehen derart ausgeblendet und dadurch die Rolle des Prätors so in den Vordergrund geschoben hat, läßt sich heute nurmehr spekulieren. Angesichts der Zeitumstände - die entscheidenden

Schriften wurden um die Jahrhundertwende von deutschen Wissenschaftlern geschrieben - liegt es jedoch nahe, von einer ähnlichen Beeinflussung auszugehen, die etwa den bedeutenden Prozessualisten Friedrich Stein zu etwa derselben Zeit dazu veranlaßt hat, das Recht der deutschen ZPO durch die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise neu zu gestalten[71]. Wie dem auch immer sein möge - wenn nach der neuen Betrachtungsweise die Vorverhandlungen der beiden prospektiven Parteien maßgeblichen oder sogar entscheidenden Anteil am Zustandekommen der Prozeßformel haben, so bedeutet das für die Struktur dieses Prozeßrechts eine Dreiteilung: Erstens, Verhandeln der Parteien untereinander; zweitens, die offizielle Streitbefestigung und Richterbestellung vor dem Prätor; und drittens, die Verhandlung vor dem Richter, die in moderner Diktion recht eigentlich ein Beweiserhebungs- und Beweiswürdigungsverfahren ist.

Dieses bislang gezeichnete Bild, das wegen seines institutionalisierten Zwangs zur Parteienkooperation schon recht aufregend ist, bedarf noch einer Ergänzung. Denn die bereits erwähnte Editionspflicht beschränkte sich nicht etwa nur auf die Mitteilung der geplanten *actio* durch den Kläger und die einer eventuellen *exceptio* durch den Beklagten. Vielmehr umfaßte sie darüber hinaus auch die Bekanntgabe sämtlicher Beweismittel (instrumenta), deren sich der Kläger vor dem Richter zu bedienen gedachte - oder, in den Worten des Spätklassikers Ulpian: *Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est* (D 2.13.1.3: zu edieren ist alles, was jemand vor dem Richter vorzutragen gedenkt). Im Klartext heißt das, daß die künftigen Parteien bereits im vorprozessualen Gespräch ihre Zeugen und ihre schriftlichen Beweismittel *(tabulae)* einander zu benennen hatten. Verstießen sie dagegen, griff eine ebenso einfache wie effiziente Sanktion ein: die Präklusion. Ein nicht ediertes Beweismittel war von dem weiteren Verfahren ausgeschlossen. Auf diese Weise konnte der dritte Abschnitt, das Verfahren vor dem Richter, einem Nichtjuristen anvertraut werden, und es konnten in ihm die Rhetoren die Interpretation der Beweise vornehmen: Die eigentliche, juristische Tätigkeit war bereits mit der endgültigen Abfassung der Klageformel abgeschlossen.

b.) USA

Das US-amerikanische Zivilprozeßrecht[72] zeichnet sich bemerkenswerterweise ebenfalls durch eine Dreiteilung aus - wenn auch hier die Reihenfolge ein wenig anders als in Rom ist. Die erste Stufe besteht nämlich aus der Klageerhebung, d.h. also dem Gang zum Gericht. Der dabei aufzusetzende Schriftsatz ist in seinen technischen Anforderungen jedoch bei weitem nicht mit einer deutschen Klageschrift zu vergleichen, sondern es genügt eine kurze und klare Darlegung des Streitgegenstandes: „a short and plain statement of the claim“[73]. Damit wird eingeleitet, was sich inzwischen auch außerhalb der Vereinigten Staaten großer, wenn auch keineswegs allseitig begrüßter Bekanntheit erfreuen darf: nämlich die sog. pretrial discovery.[74] Damit ist ein Verfahrensabschnitt bezeichnet, in dem die Anwälte beim Gegner oder auch Dritten in einer Art und Weise Fakten und Hintergrundinformationen über den Fall sammeln müssen und dürfen, angesichts derer selbst ein deutscher Staatsanwalt neidisch werden könnte. Dabei hat die jeweilige Gegenpartei wenig Chancen, sich gegen diese Informationsbeschaffung zu wehren - sie ist vielmehr im Interesse der objektiven Wahrheitsfindung gehalten, mitzuwirken; seit der jüngsten Reform im Jahre 1993 im Rahmen der sog. disclosure ist sie sogar verpflichtet, von sich aus die für den Fall wesentlichen Beweismittel dem Gegner zu offenbaren und auszuhändigen. Die Folge solcher schonungslosen Offenheit ist auf der einen Seite natürlich die Gefahr, daß mit Hilfe der discovery gewissermaßen eine legitime Variante der Industriespionage betrieben wird; auf der anderen Seite jedoch können die USA Entscheidungen vorweisen, die bei uns im Dickicht der Beweislastverteilung hängen geblieben wären, bei denen die objektive Wahrheit jedoch ein ganz besonders perfides Verhalten einer der Parteien offenbart.

Über die Informationsbeschaffung hinaus müssen sich die Parteien überdies in diesem Verfahrensabschnitt mehrmals in sog. pretrial conferences zusammensetzen und gewissermaßen eine Bestandsaufnahme des bislang Erreichten vornehmen. Wie im römischen Formularprozeß besteht also auch im US-amerikanischen Prozeßrecht ein verfahrensmäßig vorgegebener Zwang zur Kooperation oder doch zumindest zur Diskussion. In dieser Pha-

se enden denn auch an die 95 % der eingereichten Klagen, weil man sich gütlich einigt. Freilich hat dieser extrem hohe Prozentsatz noch zusätzliche, insbesondere Kostengründe, die in den USA ganz gezielt zur Streitbeilegung eingesetzt werden. Ein amerikanischer Autor charakterisiert denn auch diesen Verfahrensabschnitt folgendermaßen: „ Die heutige Discovery gleicht vielfach dem Tanzmarathon aus der guten alten Zeit: Man sucht sich einen Tanzpartner von der Gegenseite aus, schleift ihn auf den Tanzboden und dreht sich so lange mit ihm zur Streit-Musik, bis alle vor Erschöpfung zusammengebrochen sind.“[75]

Die „überlebenden“ 5 % der Fälle gelangen schließlich in den dritten Abschnitt, das eigentliche trial, das angesichts des von Verfassungs wegen garantierten Jury-Systems des öfteren zu einem Spektakel ausartet, in dem - nicht anders als in Rom - rhetorische, ja sogar schauspielerische Qualitäten gefragt sind[76]. In diesem Verfahren wird jedoch auf der Grundlage der im vorherigen discovery-Verfahren gewonnenen Erkenntnisse die Rechtsfrage des Falles verbeschieden. Dabei gilt auch hier - wie schon in Rom - der Grundsatz, daß von dem trial präkludiert ist, was im discovery-Verfahren nicht offenbart worden ist.

c.) Deutschland

Wenn ich mich nunmehr dem deutschen Verfahren zuwende und es in Vergleich zu den beiden dargestellten Modellen setzte, so zeigt sich, daß es zweigeteilt ist. Die Einleitung des Verfahrens setzt als erstes eine vom Kläger aufgesetzte Klageschrift voraus, die den gewiß nicht unerheblichen Anforderungen des § 253 zu genügen hat. Damit ist zugleich die zweite Phase eingeleitet, die von der Verhandlung der Rechtsfragen über die Beweiserhebung bis hin zur Urteilfällung in der Hand des Richters liegt. Weder vor noch nach der Klageerhebung sieht die deutsche ZPO einen wie auch immer gearteten Zwang zur Kooperation oder auch nur zum gemeinsamen Gespräch der Parteien untereinander vor. Während man den römischen Formularprozeß und das US-amerikanische Verfahren wegen eines solchen Zwangs als diskursive Modelle bezeichnen könnte, ist das deutsche Verfahren mit seiner extremen Richterzentriertheit paternalistisch. Alles findet im Beisein

und unter der Leitung des Richters statt, sobald einmal Klage erhoben worden ist.

Nicht, daß das deutsche Recht die generelle Vorzugswürdigkeit einer gütlichen Einigung zwischen den Parteien gegenüber einem Richterentscheid verkennen würde: Nach § 279 ZPO ist vielmehr in jeder Phase des Verfahrens eine gütliche Einigung anzustreben - Adressat einer entsprechenden Bemühung sind bezeichnenderweise jedoch nicht die Parteien, sondern das Gericht. Noch deutlicher findet sich eben derselbe Mechanismus im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Dort ist im § 54 ArbGG der eigentlichen Hauptverhandlung ein Güteverfahren vorgeschaltet - auch dieses findet jedoch unter der Leitung des Arbeitsrichters statt. Und selbst dann, wenn einige Gesetze wie etwa das UWG, RabattG oder das Gesetz über das Zugabewesen ausdrücklich einen der Klageerhebung vorzuschaltenden Einigungsversuch der Parteien vorschreiben[77], muß dieser vor einer Einigungstelle erfolgen; sie ist - wie könnte es anders sein - in einigen Fällen von Gesetzes wegen, in den anderen Fällen aufgrund der faktischen Gegebenheiten mit mindestens einem Volljuristen besetzt. Dann gibt es da noch einen Paragraphen - § 93 ZPO -, der es dem potentiellen Kläger aus Kostengründen nahelegt, dem Beklagten wenigstens seine Absicht zur Klageerhebung mitzuteilen. Ein Zwang zur Kommunikation liegt darin freilich ebenfalls nicht; allenfalls ein Appell an die wirtschaftliche Vernunft des Klägers.

Durch das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz des Jahres 1990 wurde nach langen Debatten der sog. Anwaltsvergleich in die ZPO eingeführt, § 1044 b. Mit einem nicht unerheblichen Aufwand an Phantasie kann man in ihm zarte Parallelen zu den pretrial conferences des US-amerikanischen Prozeßrechts erkennen. Doch ist er im Gesetzgebungsverfahren zu einem recht halbherzigen Kompromiß verkümmert, dem der entscheidende Anreiz dadurch genommen worden ist, daß er nicht von sich aus ein vollstreckbarer Titel ist. A propos Anreiz: Nicht eine zivilprozessuale Institution, sondern bestenfalls ein gewisser materiell-rechtlicher Anreiz zum Gespräch der Parteien untereinander steckt im § 852 Abs. 2 BGB.[78] Solange sich Deliktsschuldner und Delikts-

gläubiger über den zu leistenden Schadensersatz verständigen, ist die 3-jährige deliktische Verjährung demnach gehemmt.

Übrigens kennt auch das deutsche Zivilprozeßrecht eine Präklusion des jeweiligen Parteivorbringens, § 296. Kennzeichnend genug bezieht sie sich jedoch auf das Vorbringen gegenüber dem Gericht, nicht gegenüber der anderen Partei. Darüber hinaus ist dieses schneidige Mittel durch die Rechtsprechung alsbald nach ihrer Einführung im Jahre 1977 wieder verwässert worden: auch das typisch für die paternalistische Struktur, die den Druck zu eigenverantwortlichem Handeln vermindert.

Zusammengefaßt erweist sich der deutsche Zivilprozeß damit als durch und durch zweigestuft. Keinerlei rechtliche Zwänge nötigen die Parteien, vor oder während des Verfahrens aufeinander zuzugehen und miteinander über ihren Streit zu reden. Wenn sie es gleichwohl tun, so aus persönlichem oder ökonomischen Kalkül. Im übrigen liegt der gesamte Verfahrensablauf in den Händen des Richters.

3.) Schlußfolgerung

Nach diesem Parforceritt durch drei Prozeßordnungen ist es an der Zeit, sich auf den Ausgangspunkt rückzubesinnen und zu sehen, welche Folgerungen sich aus den eben dargestellten Gemeinsamkeiten und Unterschieden gerade im Hinblick auf die rechtliche Behandlung der Beweisvereitelung ergeben. Was zunächst einmal die Zweiteilung des deutschen Verfahrens anbelangt, so hat sie unbestreitbare Vorteile. Insbesondere daß das Beweisverfahren unter der Ägide eines Richters stattfindet, wird etwa in den USA im Anschluß an einen Aufsatz von John Langbein im Jahre 1985 als „German advantage“ überraschend intensiv[79] diskutiert[80]. Langbein selbst hat erst kürzlich in einer US-Fernsehsendung eben diesen Vorteil wieder nachdrücklich hervorgehoben, als er zu seiner Meinung über den O.J.Simpson-Prozeß ausgefragt wurde.

Eben diese „Richterlenkung“ hierzulande wirft jedoch die Frage auf, ob es denn unter den gegebenen Umständen überhaupt sinnvoll wäre, ein beweisvereitelndes Verhalten durch eine der Par-

teien[81] deliktisch zu sanktionieren? Denn Zweck des Deliktsrechts ist neben der Ausgleichsfunktion wenigstens auch die Verhaltenssteuerung im Privatrechtsverkehr;[82] es dient wenigstens auch dazu, den zulässigen Verhaltensrahmen für den Umgang der Zivilrechtssubjekte mit- und untereinander abzustecken. Infolgedessen paßt eine entsprechende Sanktion tatsächlich eher zu den diskursiven Zivilprozeßmodellen, weil nur sie den Parteien die Pflicht auferlegen, einander gegenüberzutreten und den Stand ihres Rechtsstreits zu erörtern, ohne daß ein den Geschehensablauf lenkender und steuernder Richter dabei anwesend wäre. Für sie stellt mit anderen Worten die deliktische Sanktion der Beweisvereitelung einen adaequaten Ausgleich für die Abwesenheit des Richters dar.

Wo dagegen das ganze Beweisverfahren von vornherein auf den Richter ausgerichtet ist, ist ohnedies schon diejenige Person in den Geschehensablauf involviert, die über das beweisvereitelnde Verhalten zu iudizieren hat.[83] Welches Verhalten soll das Deliktsrecht unter derartigen Umständen steuern, das nicht ohnedies schon von seiner Regelungsbefugnis erfaßt wäre? In einem solchen Fall eine zusätzliche, deliktische Sanktion vorsehen zu wollen, wäre daher schlichtweg überflüssig. Es drängen sich an dieser Stelle Assoziationen zum Anfang meines Vortrags auf, die freilich durch die vielen mittelalterlichen und neuzeitlichen Darstellungen des Richters als gottvatergleicher Entscheider genährt werden: Was sollte ein deliktisch sanktioniertes Verbot des Lügens und Beweisvereitelns im Garten Eden bewirken? Ich darf Sie bitten, in diesem gewißlich kühnen Vergleich das tertium comparationis weniger in der paradiesischen Ausgestaltung des deutschen Gerichtsverfahrens zu sehen, als in der Steuerungs- und Lenkungsbefugnis des „Hausherren“.

Am Ende angelangt, fasse ich kurz zusammen: Im deutschen Zivilprozeß hat nach seinem derzeitigen Ist-Zustand ein *furtum tabularum* oder ein spoliation tort keinen Platz; es ist vielmehr systemimmanente Konsequenz, wenn man hierzulande allein innerprozessuale Folgerungen für eine Beweisvereitelung vorsieht. Ob dagegen dieser Ist-Zustand des deutschen Zivilprozesses „das

höchste der Gefühle“ ist, indem er den Parteien so gänzlich die Freiheit beläßt, mit- und untereinander ihren immerhin doch höchstpersönlichen Streit zu besprechen, ist eine ganz andere Frage. Ich neige dazu, sie aus Gründen der Eigenverantwortlichkeit und zum Zwecke der Entlastung der Gerichte zu verneinen.

Anmerkungen

1 Zu dem hinter dieser Äußerung steckenden Kausalitätsverständnis, das bisweilen von heutigen Historikern den Menschen der Frühzeit und Antike nicht ohne überhebliche Anmaßung abgesprochen wird, Daube, Direct and Indirect Causation in Bibilical Law, Vetus Testamentum 11, 1961, 246 ff.

2 Jüngst etwa BGH NJW 1993, 1391 = FamRZ 1993, 691. Roseberg/ Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., § 117 II 6 a, S.674.

3 VersR 1955, 344 = LM Nr.2 zu § 282 ZPO.

4 OGHZ 1, 268. S. auch OLG Düsseldorf, VersR 1988, 352, oder OLG Nürnberg MDR 1986, 233: Die Nachbarn A und B vereinbaren mündlich, daß A die Bäume des B abholzen darf, die Schatten auf sein Grundstück werfen. A holzt daraufhin alle Bäume des B ab. Dieser verlangt Schadensersatz in Gestalt vollständiger Wiederaufforstung. Das Gericht entschied, daß A gegenüber diesem Verlangen nicht einwenden dürfe, er habe wenigstens einige Bäume abholzen dürfen. Denn durch sein Verhalten habe er verhindert, diejenigen Bäume nachzuweisen, die tatsächlich Schatten geworfen hätten.

5 BGH JZ 1987, 42 mit Anm. Stürner.

6 Gutachten des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen: Polen/ England, Einholung von Blutproben, ZfJ 1992, 647. S. auch Künkel, Zur internationalen Zuständigkeit, dem neuen Internationalen Privatrecht und der Beweisvereitelung im Vaterschaftsfeststellungsverfahren, DA Vorm 1987, 363.

7 VersR 1968, 58.

8 Aus der Vielzahl der Literatur s. etwa: Baumgärtel, Die Beweisvereitelung im Zivilprozeß, FS Kralik, 1986, 63; A. Blomeyer, Die Umkehr der Beweislast, AcP 158, 1959, 97; Gerhardt, Beweisvereitelung im Zivilprozeß, AcP 169, 1969, 289; Gottwald, Sonderregeln der Beweislastverteilung, Jura 1980, 303; Michalski, „Beweisvereitelung“ durch die beweisbelastete Partei und Nachholbarkeit in der Berufungsinstanz, NJW 1991, 2069; E. Peters, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP 82, 1969, 200; Prölls, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966, 90 ff.; E. Schneider, Die Beweisvereitelung, MDR 1969, 4; Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, 92 ff. u.ö.; ders., Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Beweisvereitelung, ZZP 98, 1985, 237; Taupitz, Prozessuale Folgen der „vorzeitigen“ Vernichtung von Krankenunterlagen, ZZP 100, 1987, 287.

9 §§ 427, 441 Abs.3, 444, 446, 453 Abs.1 ZPO.
10 VersR 1958, 768.
11 Es erscheint mir nach wie vor wie „ein Schilderwald voller Gebote und Verbote“, ZZP 104, 1991, 406.
12 So insbesondere Rosenberg, Die Beweislast, 4. Aufl., 1956, S. 191; s. auch Habscheid, Das Recht auf Beweis, ZZP 96, 1983, 327.
13 Etwa BGHZ 3, 176; 6, 227; NJW 1976, 1316. S. auch BGH NJW 1986, 59.
14 Reinhardt, Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1994, 93; Huster, Beweislastverteilung und Verfassungsrecht, NJW 1995, 112.
15 S. bereits meinen in FN 11 zitierten Aufsatz: Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen, ZZP 104, 1991, 409.
16 So etwa BGHZ 3, 172. Weitere Nachweise bei Gerhardt (FN 8), S. 298 FN 53, sowie Baumgärtel (FN 8), S. 66 FN 30 f.
17 Nicht ganz deutlich bei v.Seuffert, Civilprozeßordnung I, 11.Aufl., 1910, § 444 Anm. 4.
18 Das Geld (Vortrag, gehalten in der Singakademie zu Berlin, 7.Februar 1863), abgedruckt in: Mommsen, Reden und Aufsätze, 1905, S. 245.
19 Die mit einem Vergleich derart - zeitlich wie örtlich - disparater Rechtsordnungen verbundene Gefahr allzu vergröbernder Vereinfachung existiert zweifellos. Für größer erachte ich jedoch die Gefahr, vor lauter Detailbetrachtung die größeren Zusammenhänge aus den Augen zu verlieren und sich als Rechtshistoriker dadurch den keineswegs von der Hand zu weisenden Vorwurf einzuhandeln, den etwa D.Grimm so formuliert: „Der gern beklagten Geschichtsferne der Gegenwart entspräche dann eine nicht minder beklagenswerte Gegenwartsferne der Rechtsgeschichte“, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 399.
20 Zu diesem D.Simon, Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozeß, 1969; zum Beweisrecht dort insbes. S. 135 ff.
21 Zum Verhältnis des Formularprozesses zu seinem Vorgänger s. statt vieler Bretone, Geschichte des Römischen Rechts, 1992, S. 123 f.; Selb, in: Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, S. 524 ff.
22 Für den Begriff ‚Beweisvereitelung‘ gibt es kein lateinisches Äquivalent. Im römischen Recht (der Digesten) gibt es keine systematische Zusammenfassung des uns interessierenden Phänomens.
23 Während Levy, Beweislast im klassischen Recht, Jura 3, 1952, 155 ff., und Kaser, Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß, SZ, rom. Abt., 71, 1954, 221 ff., von einer mehr oder minder aus der Lebensklugheit abgeleiteten Anwendung gewisser Grundregeln ausgehen, lehnt etwa Sturm, Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, RI DA 9, 1962, 371, jegliche Regelbildung in der Klassik ab (dagegen be-

reits Kiefner, Klassizität der probatio diabolica?, SZ, rom. Abt., 81, 1964, 212 ff.). Wie hier dagegen etwa Pugliese, L'onere della prova nel processo per formulas, RIDA 3, 1956, 348 ff, Simon, aaO, S. 136, oder Bajory, Beweisaufnahme im römischen Recht, Studia in hon. Polay, 1985, S. 44 ff. Sich annähernd nun auch Kaser, Das Römische Zivilprozeßrecht, 1966, S. 278 f. (§ 53 III m.w.N.).

24 Iuravi mihi non liquere, N.A. 14.2.25.

25 Dazu etwa G.Klingenberg, Das Beweisproblem beim Urkundendiebstahl, SZ, rom. Abt., 96, 1979, 229 ff.; J.A.C.Thomas, Furtum of Documents, RIDA 15, 1968, 429 ff.; De Sarlo, Il documento oggetto di rapporti giuridici, 1935, S. 277 ff.; Wieacker, „Furtum tabularum", Synteleia V.Arangio-Ruiz, 1964, 562 ff.;

26 S. nur D 47.1.3, Paulus, XXXIX ad ed.: Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.

27 S. nur Kaser, Das Römische Privatrecht I, 1971, S. 617 f. (§ 143 II 3).

28 Kaser (wie vorige FN), S. 231 (§ 57 III 2). S. auch D 32.59, Iul. XXXIVdig.

29 D 47.2.27.3, Ulp. XLI ad Sab.: Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet ... Bei der Urkundsvernichtung kam neben der actio furti auch eine Klage nach der lex Aquilia in Betracht, D 9.2.42, Iul. XLVIII dig.: Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.

30 Außer dem Löschen (D 47.2.52.23) oder Überschmieren (D 47.2.27.3) wird die Urkunde gelegentlich gleich ganz gestohlen (D 47.2.28; 30) oder vernichtet.

31 AaO (FN 8), S. 102.

32 D 47.2.32 pr., Paul. IX ad Sab.: Quidam tabularum dumtaxat aestimationem faciendam in furti actione existimant, quia, si iudici, apud quem furti agatur, possit probari, quantum debitum fuerit, possit etiam apud eum iudicem probare, apud quem pecuniam petat: si vero in furti iudicio probare non potest, ne illud quidem posse ostendi, quanti eius intersit...

33 Diese „Problemzone" kommt noch deutlicher bei Gaius heraus, der einen Spezialfall, nämlich die Editionspflicht eines argentarius, behandelt: D 2.13.10.3, Gai. I ad ed. prov.: Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse: eveniet, ut, sive quis condemnatus sit sive quod petierit non optinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdiderit, hac

actione consequatur. sed an hoc procedat videamus: nam si apud hanc iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse, poteratet tunc probare: et si non probavit aut probantem iudex non curavit, de se ipso aut de iudice queri debet. sed non ita est. fieri enim potest, ut nunc, rationes vel ipso edente vel alio modo nanctus, aut aliis instrumentis vel testibus, quibus illo tempore aliqua ex causa uti non potuit, possit probare potuisse se vincere. sic enim et de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuriae actio: quia quod ante non potuimus intercepta cautione probare et ob id amisimus, hoc nunc aliis instrumentis aut testibus, quibus tum uti non potuimus, probare possumus. Zu dieser Stelle außer Klingenberg (FN 25), S. 231, insbesondere Mayer-Maly, De se queri debere, officia erga se und Verschulden gegen sich selbst, FS Kaser, 1976, S. 236 ff.

34 Dazu - für Rom - insbesondere Medicus, Id quod interest, 1962, S. 233 ff.

35 D 2.13.10.3 (s. FN 33 ab: sed non ita est ...)

36 Nachweise bei Klingenberg (FN 25), S. 238 ff.

37 Wieacker (FN 25), S. 567.

38 So Klingenberg (FN 25), S. 249 u.ö.

39 Zu letzterem erneut Klingenberg (FN 25), S. 249 ff.; allgemein Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht, 1966, S. 260 f. (§ 48 IV). S. auch Paulus, in: Der Neue Pauly, s.v. ‚Aestimatio litis‘ (erscheint demnächst).

40 S. nur Armory v. Delamirie, 93 Eng. Rep. 664 (K.B. 1722). In den USA etwa Bird Provision Co. v. Owens County Sausage, Inc., 379 F. Supp. 744, 751 (N.D. Tex. 1974) mit 568 F.2d 369 (5th Cir. 1978); A.C. Becken Co. v. Gemex Corp., 199 F. Supp. 544, 553 (N.D. Ill. 1961) mit 314 F.2d 839 (7th Cir.).

41 198 Cal.Rptr. 829 (Cal.App. 2 Dist. 1984). Dazu jüngst insbesondere und ausführlich Nolte, The Spoliation Tort: An Approach to Underlying Principles, 26 St. Mary‘s Law Journal 351 (1995), mit weiteren Nachweisen.

42 Die Neuheit bezieht sich nach Aussage der Richter auf die absichtliche Beweisvereitelung. In der Entscheidung des kalifornischen Supreme Court Williams v. State of California (1983) 34 Cal.3d 18, 192 Cal.Rptr. 233, 644 P.2d 137 sehen sie einen Vorläufer ihrer Entscheidung hinsichtlich einer fahrlässigen Beweisvereitelung.

43 Das Gericht hebt im Kursivdruck folgende Äußerung Prossers hervor: „When it becomes clear that the plaintiff‘s interests are entitled to legal protection against the conduct of the defendant, the mere fact that the claim is novel will not of itself operate as a bar to a remedy.“ Sie trifft der Sache nach ziemlich genau das, was der spätklassische Jurist Papinian als Charakteristikum des prätorischen Rechts beschreibt: Ius prae-

torium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam, D 1.1.7.1; s. auch Paulus (FN 39) s.v. ‚Edictum perpetuum I'.

44 Zu dem intrikaten, die Standesrichtlinien (legal ethics) tangierenden Problem, ob ein Anwalt die Zerstörung eines Beweismittels anraten soll oder auch nur darf s. Note, Legal Ethics and the Destruction of Evidence, 88 Yale Law Journal 1665 (1979).

45 S. 832: „The damage alleged was the "significant prejudice" of the Smith's opportunity to obtain compensation for their grievous physical and emotional injuries."

46 Eines der Hauptprobleme des Falles lag darin, daß in Kalifornien keine, unserem § 823 Abs. 2 BGB entsprechende Norm existiert, die einen Straftatbestand zu einer zivilrechtlichen Schadensersatznorm transformiert. Die Unterdrückung von Beweismaterial ist nach § 135 Cal. Penal Code als Straftatbestand ausgewiesen; s. auch N.Y. Penal Law § 215.40(2) und Model Penal Code § 241.7.

47 „Where the tort itself is of such a nature as to preclude the ascertainment of the amount of damges with certainty, it would be a perversion of fundamental principles of justice to deny all relief to the injured person, and thereby relieve the wrongdoer from making any amend for his acts. In such case, while the damages may not be determined by mere speculation or guess, it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference, although the result be only approximate": Story Parchment Co. v. Paterson P. Paper Co. (1931) 282 U.S. 555, 563, 51 S. Ct. 248, 250, 75 L.Ed. 544, 548.

48 Ihre Tatbestandsmerkmale sind: (1) Bestehende oder wahrscheinliche Rechtshängigkeit einer vom Kläger eingereichten Klage; (2) Kenntnis des Beklagten davon; (3) vorsätzliche Vereitelungshandlung im Hinblick auf den Prozeß; (4) Abbruch (disruption) des klägerischen Prozesses bzw. der Anstrengung eines solchen Prozesses; und (5) Schaden, der höchstwahrscheinlich (proximately) durch den Beklagten verursacht wurde. Zu der diese Merkmale auflistenden Entscheidung County of Solano v. Delancy, 264 Cal. Rptr. 721 (Ct. App. 1989), s. erneut Nolte (FN 41), S. 361 ff.

49 Zum folgenden insbes. Nolte (FN 41), S. 404 ff. Für Florida s. insbesondere Bondu v. Gurvich 473 So. 2d 1307 (Fla. Dist. Ct. App. 1985).

50 Hazen v. Municipality of Anchorage 718 P. 2d 456 (Alaska 1986).

51 Viviano v. CBS, Inc. 597 A. 2d 543 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1991).

52 S. nur Kerkorian, Negligent Spoliation of Evidence: Skirting the „Suit Within the Suit" Requirement of Legal Malpractice Actions, 41 Hastings Law Lournal 1077 (1990).

53 Statt vieler Eggenstein, Uxor und Feme Covert, 1995; H.Peter, Actio und Writ, 1957; Pringsheim, The Inner Relationship Between English and Roman Law, Cambridge Law Journal 347 (1935); Pugliese, Ius Honorarium and English Equity, FS Merryman, 1990, 275 ff.; Samuel, System und Systemdenken - Zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law, ZEuP 1995, 375 ff.; Weir, Contracts in Rome and England, 66 Tulane Law Review 1615 (1992).

54 Hierzu etwa Riesenfeld, The Impact of Roman Law on the Common Law System, Lesotho Law Journal 1985, 267 ff.; Zimmermann, Der europäische Charakter des englischen Rechts, ZEuP 1993, 4 ff.; ders., Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter, AcP 193, 1993, S. 121 ff.; Gordley, Common law and civil law: eine überholte Unterscheidung, ZEuP 1993, 498 ff.; Berman/Reid, Römisches Recht in Europa und das ius commune, ZEuP 1995, 3 ff. Zurückhaltend Samuel (vorige FN).

55 Die Wichtigkeit eines gemeinsamen Rechts für die Zusammengehörigkeit einer Gemeinschaft hat übrigens auch schon Cicero erfaßt, wenn er Africanus die res publica als ein coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione societatus (de re publ. 1.25.39) definieren läßt.

56 Dazu Knütel, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, ZEuP 2, 1994, 251 ff.

57 Paulus, Die Software in der Vollstreckung, in: M.Lehmann (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., 1993, 847 f.

58 Statt vieler Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 3. Aufl., 1995, Rdn. 427 ff.; Medicus, Bürgerliches Recht, Rdn. 817; MüKo-Grunsky, 3.Aufl., Rdn 3 vor § 249; Soergel-Mertens, 12. Aufl., Rdn 14 vor § 249.

59 Heldrich/Kono, Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 1994, passim; BGHZ 118, 312 ff. Zu den nicht minder furchterregenden sog. RICO-Urteilen etwa Stiefel/Bungert, Anerkennungsfähigkeit und Vollstreckbarkeit US-amerikanischer RICO-Urteilen in der Bundesrepublik Deutschland, ZIP 1994, 1905 ff.

60 Zu den diversen Funktionen der punitive damages statt vieler Zekoll, Recognition and Enforcement of American Products Liability Awards in the Federal Republic of Germany, 37 American Journal of Comparative Law 324 (1989).

61 Viviano v. CBS, Inc., 597 A.2d 543 (N.J. Super Ct. App. Div. 1991).

62 Nolte (FN 41), S. 397 f.

63 Zum ganzen Kaser (FN 27), S. 616 (§ 143 II 1).

64 Er bemißt sich in spätklassischer Zeit ausweislich der Pauli Sententiae 2.31.32 (= 2.43.32 (Liebs)) nach der in der tabula bezeugten Summe:

Qui tabulas cautionesve subripuit, in adscriptam summam furti actione tenebitur; nec interest, cancellatae nec ne sint, quia ex his debitum dissolutum interest comprobari.

65 Zum folgenden insbesondere Bürge, Zum Edikt De edendo, SZ 112, 1995, 1 ff. S. ergänzend Paulus (FN 39) s.v. ‚Editio'; Selb (FN 21), S. 524 ff.

66 Zu ihnen etwa L.Bove, Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine, 1979 (dazu die kritische Rez. von Manthe, Gnomon 53, 1981, 150 ff.); Camodeca, L'archivio Puteolana dei Sulpicii I, 1992, 59 ff.; J.G.Wolf, Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: Die Streitbeilegung zwischen L.Faenius Eumenes und C.Sulpicius Faustus, St. on. C.Sanfilippo IV, 1985, 771 ff.; ders., Das sogenannte Ladungsvadimonium, Satura Feenstra, 1985, 59 ff.

67 S. nur Kaser (FN 27), S. 550 (§ 130 V 1).

68 Lenel, Die Form der Litiscontestation im Formularprocess, SZ 15, 1894, 374; Wlassak, Die klassische Prozeßformel, SB Wien 1924. Weitere Nachweise bei Bürge (FN 65), FN 2 auf S. 2.

69 Dazu etwa Jahr, Litis contestatio, 1960.

70 Dazu jüngst etwa Spengler, Untersuchungen zur interrogatio in iure, 1994. S. auch D.Nörr, Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia, RJ 6, 1987, 99 ff.

71 Zu Steins berühmten, im Jahre 1913 erschienenen Buch „Grundfragen der Zwangsvollstreckung" statt vieler G.Paulus, Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit, FS Nipperdey I, 1965, 909 ff.

72 Dazu statt vieler Hazard/Tait/Fletcher, Pleading and Procedure, 7th ed., 1994. In deutsch etwa Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1995.

73 Rule 8 a F.R.C.P.

74 Dazu statt vieler Hay, Informationsbeschaffung über schriftliche Unterlagen und Augenscheinsobjekte im Zivilprozeß, in: Schlosser (Hg.), Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht (erscheint demnächst).

75 Miller, Minnesota Law Review 1984, 9; zitiert nach Großfeld, Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2. Aufl., 1995, S. 166.

76 Vgl. Paulus (FN 11), S. 400.

77 § 27 a UWG, auf den die §§ 13 RabattG und 2 ZugabeG Bezug nehmen.

78 Genau genommen wirkt dieser Anreiz nur für den Gläubiger; denn für den Schuldner ist nicht die Hemmung, sondern der Weiterlauf der Verjährungsfrist interessant.

79 Das Überraschende an dieser Diskussion ist, daß sie explizit um den Vorteil einer ausländischen Rechtsordnung geführt wird. Vgl. damit die von

Riesenfeld mitgeteilte Episode, als er - gerade frisch in den USA auf seiner Flucht vor dem Nazi-Terror in Europa angelangt - Karl Llewellyn in New York aufsuchte, und dieser ihm den Rat gab: „wenn Sie irgendeine Idee aus Deutschland mitbringen, geben Sie das nie zu, denn ‚that is the kiss of death'", DAJV-Mitteilungen 1995, 55.

80 Der Titel dieses Aufsatzes lautet: The German Advantage in Civil Procedure, 52 University of Chicago Law Review 823 (1985); er ist auszugsweise abgedruckt etwa in dem in FN 72 angegebenen Lehrbuch von Hazard/Tait/Fletcher, S. 1002 ff. (m.w.N. in FN 8 auf S. 1003) oder dem von Cover/Fiss/Resnik, Procedure, 1988, S. 950 ff.; im in Casebook ‚Materials for a Basic Course in Civil Procedure' von Field/Kaplan/Clermont, 6th ed., 1990, S. 353 ff. wird diese Frage gleichfalls erörtert. S. zusätzlich Reitz, Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure, 75 Iowa Law Review 987 (1990); ders., Grundlegende Unterschiede zwischen dem deutschen und dem U.S.-amerikanischen Zivilprozeßrecht: Vorzüge, die sich ausschließen? ZZP 104, 1991, 381 ff.

81 Vereitelt eine dritte Person das Beweismittel, kommen selbstverständlich auch deliktische Anspruchsgrundlagen wie etwa § 823 II BGB i.V.m. §§ 267 ff. StGB in Frage.

82 S. nur Kötz, Deliktsrecht, 6. Aufl., 1994, Rdn. 36 ff.; Fuchs, Deliktsrecht, 1995, S. 1 ff.

83 Man könnte natürlich aus dieser hier geschilderten Einsicht die Schlußfolgerung herleiten, daß im deutschen Recht hinsichtlich der deliktischen Verantwortlichkeit einer Beweisvereitelung danach zu unterschieden ist, ob diese Handlung vor (dann deliktisch) oder nach (dann verfahrensrechtlich) Rechtshängigkeit erfolgt ist. Doch spricht dagegen m.E. die generelle Ausrichtung des deutschen Rechts auf den Richter als diejenige Person, die das Beweisverfahren durchführt. S. nur das sog. Selbständige Beweisverfahren der §§ 485 ff. ZPO, das selbst in seiner außerprozessualen Variante, § 485 ZPO, über das Gericht, § 486, durchgeführt werden muß.

Christoph G. Paulus

1952 in Sande, Kr. Friesland, geboren.
1973 bis 1977 Studium der Rechtswissenschaft in München.
1980 Promotion im Konkursrecht an der Universität München; dort als wissenschaftliche Hilfskraft bei den Professoren Dres, Kunkel, Nörr und Medicus sowie als Assistent bei Professor Nörr.
1983/84, während der Assistentenzeit, 1 Jahr an der University of California in Berkeley zum LL.M.-Studium (faculty advisor: Prof. Dr. Daube).
1989/90 erneuter Aufenthalt in Berkeley anläßlich eines durch die Alexander v. Humboldt-Stiftung verliehenen Feodor Lynen-Stipendiums.
1990/91 Abschluß des Habilitationsverfahrens im Römischen Recht an der Universität München; vertretungsweise an der Berliner TU und an der Universität Heidelberg tätig.
1992 Ernennung zum Universitätsprofessor (C3) an der Universität Augsburg.
Seit 1994 ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Zivilprozeßrecht und Römisches Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Ausgewählte Veröffentlichungen

Die juristische Fragestellung des Naturrechts.(Hrsg.). Berlin 1979.
Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs. Berlin 1981.
Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht - zur rechtlichen und sozialen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln. Berlin 1992.
Software in der Vollstreckung. In: M. Lehmann: Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen. 2 Aufl. Köln 1993. S. 831ff.

Einige Bemerkungen zum Prozeß Jesu bei den Synoptikern. In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung, rom. Abt. (ZSS) 102 (1985), S. 437 ff.
Die Insolvenzrechtsreform und der Schutz gesicherter Gläubiger. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1985, S. 1449 ff.
Der Konkurs des Softwarehauses. In: Computer und Recht (CR) 1987, S. 651 ff.
Neuere Entwicklungen des US-amerikanischen Konkursrechts im Bereich des Computerlaw. In CR 1990, S. 1ff.
Währungsunion und Insolvenzrecht. In: Wirtschaftsrecht 1990, S. 107ff.
Konkursanfechtungsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit dem standby letter of credit. In: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 1990, S. 200ff.
Discovery, deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen. In: ZZP 104 (1991), S. 397ff.
Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Schuldner und Drittschuldner. In: DGVZ 1992, S. 65ff.
Deliktschutz für den Vormerkungsberechtigten? In: Juristenzeitung (JZ) 1993, S. 555ff.
Ein Plädoyer für unscheinbare Normen. In: Juristische Schulung (JuS) 1994, S. 367ff.
Dei Verrechtlichung der Familienbeziehungen in der Zeit der ausgehenden Republik und ihr Einfluß auf die Testierfreiheit. In: ZSS 11(1994), S. 425ff.
A New German Decision on International Insolvency Law. In: American Journal of Comparative Law (AJCL) 1994, S. 667ff.
Die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts als Steuerschuldner am Beispiel des § 5 Gewerbesteuergesetz. In: Deutsches Steuerrecht (DstR) 1994, S. 544ff.
Grundfragen des Kreditsicherungsrechts. In: JuS 1995, S. 185ff.

In der Reihe **Öffentliche Vorlesungen** sind erschienen:

1 *Volker Gerhardt:* **Zur philosophischen Tradition der Humboldt-Universität**

2 *Hasso Hofmann:* **Die versprochene Menschenwürde**

3 *Heinrich August Winkler:* **Von Weimar zu Hitler**
Die Arbeiterbewegung und das Scheitern der ersten deutschen Demokratie

4 *Michael Borgolte:* **„Totale Geschichte" des Mittelalters?**
Das Beispiel der Stiftungen

5 *Wilfried Nippel:* **Max Weber und die Althistorie seiner Zeit**

6 *Heinz Schilling:* **Am Anfang waren Luther, Loyola und Calvin – ein religionssoziologisch-entwicklungsgeschichtlicher Vergleich**

7 *Hartmut Harnisch:* **Adel und Großgrundbesitz im ostelbischen Preußen 1800 - 1914**

8 *Fritz Jost:* **Selbststeuerung des Justizsystems durch richterliche Ordnungen**

9 *Erwin J. Haeberle:* **Historische Entwicklung und aktueller internationaler Stand der Sexualwissenschaft**

10 *Herbert Schnädelbach:* **Hegels Lehre von der Wahrheit**

11 *Felix Herzog:* **Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts**

12 *Hans-Peter Müller:* **Soziale Differenzierung und Individualität**
Georg Simmels Gesellschafts- und Zeitdiagnose

13 *Thomas Raiser:* **Aufgaben der Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft**

14 *Ludolf Herbst:* **Der Marshallplan als Herrschaftsinstrument?**
Überlegungen zur Struktur amerikanischer Nachkriegspolitik

15 *Gert-Joachim Glaeßner:* **Demokratie nach dem Ende des Kommunismus**

16 *Arndt Sorge:* **Arbeit, Organisation und Arbeitsbeziehungen in Ostdeutschland**

17 *Achim Leube:* **Semnonen, Burgunden, Alamannen**
Archäologische Beiträge zur germanischen Frühgeschichte

18 *Klaus-Peter Johne:* **Von der Kolonenwirtschaft zum Kolonat**
Ein römisches Abhängigkeitsverhältnis im Spiegel der Forschung

19 *Volker Gerhardt*: **Die Politik und das Leben**

20 *Clemens Wurm:* **Großbritannien, Frankreich und die westeuropäische Integration**

21 *Jürgen Kunze:* **Verbfeldstrukturen**

22 *Winfried Schich:* **Die Havel als Wasserstraße im Mittelalter: Brücken, Dämme, Mühlen, Flutrinnen**

23 *Herfried Münkler:* **Zivilgesellschaft und Bürgertugend**
Bedürfen demokratisch verfaßte Gemeinwesen
einer sozio-moralischen Fundierung?

24 *Hildegard Maria Nickel:* **Geschlechterverhältnis in der Wende**
Individualisierung versus Solidarisierung?

25 *Christine Windbichler:* **Arbeitsrechtler und andere Laien in der Baugrube des Gesellschaftsrechts**
Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung

26 *Ludmila Thomas:* **Rußland im Jahre 1900**
Die Gesellschaft vor der Revolution

27 *Wolfgang Reisig:* **Verteiltes Rechnen: Im wesentlichen das Herkömmliche oder etwa grundlegend Neues?**

28 *Ernst Osterkamp:* **Die Seele des historischen Subjekts**
Historische Portraitkunst in Friedrich Schillers „Geschichte des Abfalls der vereinigten Niederlande von der Spanischen Regierung”

29 *Rüdiger Steinlein:* **Märchen als poetische Erziehungsform**
Zum kinderliterarischen Status der Grimmschen „Kinder-und Hausmärchen”

30 *Hartmut Boockmann:* **Bürgerkirchen im späteren Mittelalter**

31 *Michael Kloepfer:* **Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung aus Vergangenheitserfahrung**
Zur Verfassungsgebung im vereinten Deutschland

32 *Dietrich Benner:* **Über die Aufgaben der Pädagogik nach dem Ende der DDR**

33 *Heinz-Elmar Tenorth:* **„Reformpädagogik"**
Erneuter Versuch, ein erstaunliches Phänomen zu verstehen

34 *Jürgen K. Schriewer:* **Welt-System und Interrelations-Gefüge**
Die Internationalisierung der Pädagogik als Problem
Vergleichender Erziehungswissenschaft

35 *Friedrich Maier:* **„Das Staatsschiff" auf der Fahrt von Griechenland über Rom nach Europa**
Zu einer Metapher als Bildungsgegenstand in Text und Bild

36 *Michael Daxner:* **Alma Mater Restituta oder Eine Universität für die Hauptstadt**

37 *Konrad H. Jarausch:* **Die Vertreibung der jüdischen Studenten und Professoren von der Berliner Universität unter dem NS-Regime**

38 *Detlef Krauß:* **Schuld im Strafrecht**
Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?

39 *Herbert Kitschelt:* **Rationale Verfassungswahl?**
Zum Design von Regierungssystemen in neuen Konkurrenzdemokratien

40 *Werner Röcke:* **Liebe und Melancholie**
Formen sozialer Kommunikation in der 'Historie von Florio und Blanscheflur'

41 *Hubert Markl:* **Wohin geht die Biologie?**

42 *Hans Bertram:* **Die Stadt, das Individuum und das Verschwinden der Familie**

43 *Dieter Segert:* **Diktatur und Demokratie in Osteuropa im 20. Jahrhundert**

44 *Klaus R. Scherpe:* **Beschreiben, nicht Erzählen!**
Beispiele zu einer ästhetischen Opposition: Von Döblin und Musil bis zu Darstellungen des Holocaust

45 *Bernd Wegener:* **Soziale Gerechtigkeitsforschung: Normativ oder deskriptiv?**

46 *Horst Wenzel*: **Hören und Sehen - Schrift und Bild**
Zur mittelalterlichen Vorgeschichte audiovisueller Medien

47 *Hans-Peter Schwintowski:* **Verteilungsdefizite durch Recht auf globalisierten Märkten**
Grundstrukturen einer Nutzentheorie des Rechts

48 *Helmut Wiesenthal:* **Die Krise holistischer Politikansätze und das Projekt der gesteuerten Systemtransformation**

49 *Rainer Dietrich:* **Wahrscheinlich regelhaft. Gedanken zur Natur der inneren Sprachverarbeitung**

50 *Bernd Henningsen:* **Der Norden: Eine Erfindung**
Das europäische Projekt einer regionalen Identität

51 *Michael C. Burda:* **Ist das Maß halb leer, halb voll oder einfach voll?**
Die volkswirtschaftlichen Perspektiven der neuen Bundesländer

52 *Volker Neumann:* **Menschenwürde und Existenzminimum**

53 *Wolfgang Iser:* **Das Großbritannien-Zentrum in kulturwissenschaftlicher Sicht**
Vortrag anläßlich der Eröffnung des Großbritannien-Zentrums an der Humboldt-Universität zu Berlin

54 *Ulrich Battis:* **Demokratie als Bauherrin**

55 *Johannes Hager:* **Grundrechte im Privatrecht**

56 *Johannes Christes:* **Cicero und der römische Humanismus**

57 *Wolfgang Hardtwig:* **Vom Elitebewußtsein zur Massenbewegung – Frühform des Nationalismus in Deutschland 1500 - 1840**

58 *Elard Klewitz:* **Sachunterricht zwischen Wissenschaftsorientierung und Kindbezug**

59 *Renate Valtin:* **Die Welt mit den Augen der Kinder betrachten**
Der Beitrag der Entwicklungstheorie Piagets zur Grundschulpädagogik

60 *Gerhard Werle:* **Ohne Wahrheit keine Versöhnung!**
Der südafrikanische Rechtsstaat und die Apartheid-Vergangenheit

61 *Bernhard Schlink:* **Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit. Vergangenheit als Zumutung?** (2 Vorlesungen)

62 *Wiltrud Gieseke:* **Erfahrungen als behindernde und fördernde Momente im Lernprozeß Erwachsener**

63 *Alexander Demandt:* **Ranke unter den Weltweisen**
Wolfgang Hardtwig: **Die Geschichtserfahrung der Moderne und die Ästhetisierung der Geschichtsschreibung: Leopold von Ranke**
(2 Vorträge anläßlich der 200. Wiederkehr des Geburtstages Leopold von Rankes)

64 *Axel Flessner:* **Deutsche Juristenausbildung**
Die kleine Reform und die europäische Perspektive

65 *Peter Brockmeier:* ***Seul dans mon lit glacé*** **- Samuel Becketts Erzählungen vom Unbehagen in der Kultur**

66 *Hartmut Böhme:* **Das Licht als Medium der Kunst.** Über Erfahrungsarmut und ästhetisches Gegenlicht in der technischen Zivilisation

67 *Sieglind Ellger-Rüttgardt:* **Berliner Rehabilitationspädagogik: Eine pädagogische Disziplin auf der Suche nach neuer Identität**