Rahel Gaßner, Greifswald*

Adversarial vs. Inquisitorial Process: Sinn und Unsinn eines Gegensatzpaares am Beispiel Deutschland und den USA

Während der Vergleich von materiellem Recht überwiegend durch Einteilung in Rechtskreise erfolgt, stützt sich die Prozessrechtsvergleichung darüber hinaus – insbesondere hinsichtlich des common laws *und* civil laws *– auf die Idee des Gegensatzes von adversarischem und inquisitorischem Prozess. Der Beitrag untersucht unter Heranziehung des US-amerikanischen und deutschen Straf- und Zivilprozesses, inwiefern diese Modelldichotomie zur Widerspiegelung realer Prozesssysteme geeignet ist.*

I. Einleitung

"For all models are by definition suggestive caricatures and simplifications departing from reality […] in order to grasp the real context we have to construct an unreal one."[1] Mit diesen Worten untermauerte der Rechtsvergleicher *Damaska* die in der Prozessrechtsvergleichung übliche Gegenüberstellung von adversarischem[2] und inquisitorischem Prozess, von Parteienwettstreit und offizieller Ermittlung.[3] Tatsächlich stützen sich prozessvergleichende Diskussionen seit langem auf diese zwei Konzepte.[4] Dem *civil law* mit seinen Ursprüngen in Kontinentaleuropa liege das „inquisitorische" Prozesssystem zugrunde, während das *common law* Großbritanniens einschließlich der früheren Kolonien vom „adversarischen" System geprägt sei.[5] Dabei werden diese Konzepte sowohl auf den Strafprozess als auch auf den Zivilprozess bezogen,[6] unabhängig davon, ob nun die Überlegenheit des eigenen Prozessrechts dargestellt wird,[7] oder ob das gegensätzliche Modell als Inspirationsquelle für Reformüberlegungen dient.[8]

Ziel der vorliegenden Arbeit ist in Anknüpfung dessen nicht der kritische Vergleich realer Prozesssysteme. Vielmehr soll zunächst unter Bezugnahme auf zwei reale Prozesssysteme untersucht werden, inwieweit die Modelldichotomie zur Abbildung der Prozessrealität tatsächlich geeignet ist (Teil III. 1.). Sodann werden die aus der Gegenüberstellung resultierenden Diskussionen exemplarisch auf ihre Stichhaltigkeit überprüft (Teil III. 2.). Für den adversarischen Prozess wird dafür das US-amerikanische,[9] für den inquisitorischen das deutsche Straf- und Zivilverfahren herangezogen. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Hauptverhandlung und deren Vorbereitung. Alternative Formen der Streitbeilegung, der Zugang zu Rechtsmittelbehelfen, zugrundeliegende Staatstheorien sowie alternative Modellvorschläge können dabei nicht berücksichtigt werden.

II. Historischer Hintergrund

Die Entwicklung des westeuropäischen Verfahrensrechts verlief bis zum 13. Jahrhundert überwiegend homogen.[10] Erstes akkusatorisches Element, die Privatklage, fand sich bereits in der römischen Rechtsordnung,[11] später auch im germanischen[12] und kanonischen[13] Recht. Beweismittel

* *Rahel Gaßner* ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald. Der Beitrag wurde im Wintersemester 2016/17 als Studienarbeit im Schwerpunkt Europarecht und Rechtsvergleichung eingereicht und mit 14 Punkten bewertet.

1 *Damaska*, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, University of Pennsylvania Law Review 121 (1973), 506 (577).

2 Dort wird für „adversarisch" auch „akkusatorisch" verwendet, was meist als gleichbedeutend dem inquisitorischen Prozess gegenübergestellt wird, vgl. auch *Eser*, Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle – Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen, in: Schroeder/Kudtratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts, 2014, 11 (27); sofern sich beide Begriffe in ihrer Bedeutung gleichen, wird hier das Adjektiv „adversarisch" genutzt. Gleiches gilt für „adversatorisch".

3 *Damaska* (Fn. 1), U. Pa. L. Rev. 121 (1973), 506 (577).

4 *Harding*, Overview of Different Types of Procedure, in: Eser/Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness – Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht, 2004, 3 (4).

5 *Bradley,* Overview, in: ders. (Hrsg.), Criminal Procedure – A Worldwide Study, 2. Aufl. 2007, xvii (xvii).

6 Vgl. zum Strafprozess z.B. *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (11); zum Zivilprozess *Sward*, Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System, Indiana Law Journal 64 (1989), 301 (301).

7 So z.B. bei *Walpin*, America's Adversarial and Jury Systems: More Likely to Do Justice, Harvard Journal of Law & Public Policy 26 (2003), 175 (175 ff.).

8 So für den Zivilprozess z.B. bei *Langbein*, The German Advantage in Civil Procedure, The University of Chicago Law Review 52 (1985), 823 (823 ff.); für den Strafprozess z.B. bei *Frase/Weigend*, German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?, Boston College International and Comparative Law Review 18 (1995), 317 (317 ff.).

9 Wegen der föderalistischen Struktur der USA gibt es zwar kein allgemeingültiges Verfahren, die Rechtsprechung des Supreme Courts führte jedoch zu erheblichen Überschneidungen, vgl. *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren – Ein strukturanalytischer Vergleich am Beispiel der Wahrheitserforschung, 2003, S. 31 f.

10 *Spencer*, Adversarial vs Inquisitorial Systems: Is There Still Such a Difference?, The International Journal of Human Rights 20 (2016), 601 (601 f.).

11 *Roodt*, A Historical Perspective on the Accusatory and Inquisitorial Systems, Fundamina: A Journal of Legal History 10 (2004), 137 (141).

12 *Ambos*, Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus historischer Sicht, Jura 2008, 586 (588).

13 *Roodt* (Fn. 11), Fundamina 10 (2004), 137 (142).

umfassten Eid, Zweikampf und Gottesurteil.[14] Im 13. Jahrhundert setzte sich im kanonischen Recht dann der Inquisitionsprozess durch, der die Privatklage durch offizielles Einschreiten ersetzte.[15] Zudem wurde die Teilnahme der Kirche an Gottesbeweisen verboten, was eine neue Form der Wahrheitsfindung erforderte.[16]

In England kamen die ersten *jurys* auf,[17] die als aktive Tatsachenermittler zunächst inquisitorisch auftraten,[18] sich bis Ende des 17. Jahrhunderts aber zu einem unabhängigen und passiven Institut wandelten.[19] Ab Mitte des 19. Jahrhunderts entwickelte sich auch in den USA eine Trennung der Tatsachenentscheidung durch die *jury* und Rechtsfragenentscheidung durch den Richter.[20] Neben der Einführung einer offiziellen und unabhängigen Strafverfolgung[21] führte dies[22] schließlich zur zunehmend aktiven Prozessgestaltung durch Anwälte.[23]

In Kontinentaleuropa hingegen kam es im 13. Jahrhundert zur Verstaatlichung der Strafverfolgung.[24] Es wurde Aufgabe des Richters, die Wahrheit in einem geheimen Verfahren[25] anhand strenger Beweismittel zu erforschen.[26] Diese sollten die richterliche Macht begrenzen, führten aber paradoxerweise zur extensiven Anwendung von Folter, um das erforderliche Geständnis zu erzwingen.[27] Durch den Einfluss von *Napoleons Code d'Instruction Criminelle* von 1808 wurde in Deutschland die Folter abgeschafft und das öffentliche Verfahren eingeführt.[28] 1846 führte man in Preußen schließlich die Staatsanwaltschaft ein und stellte damit die Trennung von Anklage- und Aburteilungsfunktion sicher.[29]

III. Untersuchung der Dichotomie unter Bezugnahme auf die USA und Deutschland

1. Das idealtypische Gegensatzpaar

Welche Elemente die Modelle des adversarischen und inquisitorischen Prozesses genau beinhalten, ist aufgrund verschiedener damit assoziierter Verfahrensmuster nicht eindeutig bestimmbar.[30] Da keine alleingültige Bestimmung des inquisitorischen und des adversarischen Modells existiert, werden die Grenzen zu einem bestimmten Grad von jedem Rechtsgelehrten neu gezogen.[31] Seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat sich aber weitgehend eine analytische Herangehensweise durchgesetzt, welche die Prozessformen auf ihre „pure" bzw. „ideale" Form herunterbricht.[32] Herrschende Idee hinter der Modellbildung ist dabei die Machtverteilung der Verfahrensbeteiligten hinsichtlich der Prozesskontrolle.[33] Aufgrund der hier anzutreffenden Unterschiede wird der adversarische Prozess auch als *party contest*, der inquisitorische dagegen als *official inquiry* beschrieben.[34]

a) Parteienwettstreit im adversarischen Prozess

Im adversarischen Verfahren liegt die Verantwortung für die Beschaffung des Beweismaterials, die Präsentation und die Argumentation vor Gericht bei den sich ebenbürtig[35] gegenüberstehenden Parteien.[36] Dem Richter hingegen kommt als passivem Beobachter die Funktion des „Schiedsrichters"[37] zu; er unterbricht lediglich dann, wenn eine Beweisregel oder eine sonstige formelle Vorgabe verletzt wurde.[38] Tätig werden die beiden Parteien im adversarischen Zivilprozess durch ihre Vertreter,[39] im Strafprozess dagegen stehen sich staatlicher Ankläger und Verteidiger des Angeklagten gegenüber.[40] Sowohl das adversarische als auch das inquisitorische System verfolgen als ein fundamentales Ziel, der Selbstjustiz durch Ausübung des Gewaltmonopols vorzubeugen.[41] Daher nimmt der Geschädigte heute – entgegen seiner historischen Rolle im Strafverfahren – keine aktive Stellung als Partei ein.[42] In Hinblick auf den staatlichen Ankläger kann insoweit auch das adversarische System nicht als wahrhaft „akkusatorisch" bezeichnet werden.[43]

14 *Ambos* (Fn. 12), Jura 2008, 586 (588).
15 *Ambos* (Fn. 12), Jura 2008, 586 (588).
16 *Landsman*, A Brief Survey of the Development of the Adversary System, Ohio State Law Journal 44 (1983), 713 (724).
17 *Roodt* (Fn. 11), Fundamina 10 (2004), 137 (150).
18 *Landsman* (Fn. 16), Ohio St LJ 44 (1983), 713 (722).
19 *Landsman* (Fn. 16), Ohio St LJ 44 (1983), 713 (723).
20 *Müller*, Civil Jury Trial – Die Beteiligung von Laien in der amerikanischen und deutschen zivilen Gerichtsbarkeit, 2004, S. 31.
21 *Jonakait*, The Rise of the American Adversary System, Widener Law Review 14 (2009), 323 (328).
22 *Landsman* (Fn. 16), Ohio St LJ 44 (1983), 713 (732).
23 *Billis*, Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren, 2015, S. 35.
24 *Ambos* (Fn. 12), Jura 2008, 586 (589).
25 *Spencer* (Fn. 10), Int'l J HR 20 (2016), 601 (603).
26 *Landsman* (Fn. 16), Ohio St LJ 44 (1983), 713 (724).
27 *Spencer* (Fn. 10), Int'l J HR 20 (2016), 601 (603).
28 *Spencer* (Fn. 10), Int'l J HR 20 (2016), 601 (604).
29 *Ambos* (Fn. 12), Jura 2008, 586 (591 f.).
30 *Damaska* (Fn. 1), U. Pa. L. Rev. 121 (1973), 506 (569).
31 *Decaigny*, Inquisitorial and Adversarial Expert Examinations in the Case Law of the European Court of Human Rights, New Journal of European Criminal Law 5 (2014), 149 (151).
32 *Damaska*, Models of Criminal Procedure, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (Collected Papers of Zagreb Law Faculty) 51 (2001), 477 (482).
33 *Billis* (Fn. 23), S. 73.
34 Grundlegend dazu *Damaska* (Fn. 1), U. Pa. L. Rev. 121 (1973), 506 (577).
35 *Ainsworth*, Legal Discourse and Legal Narratives: Adversarial versus Inquisitorial Models, Language and Law/Linguagem e Direito 2 (2015), 1 (2).
36 *Sward* (Fn. 6), Ind. L.J. 64 (1989), 301 (312).
37 *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (17).
38 *Smith*, Courts and Trials – A Reference Handbook, 2003, S. 42.
39 *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (2).
40 *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (12).
41 *Van Caenegem*, Advantages and Disadvantages of the Adversarial System in Criminal Proceedings (Consultation Draft 1.3), Review of the Criminal and Civil Justice System in Western Australia 1 (1999b), 69 (70).
42 *Braun*, Giving Victims a Voice: on the Problems of Introducing Victim Impact Statements in German Criminal Procedure, German Law Journal 14 (2013), 1889 (1889).
43 *Spencer* (Fn. 10), Int'l J HR 20 (2016), 601 (608).

b) Amtliche Ermittlung im inquisitorischen Prozess

Bei dem inquisitorischen Prozess liegen Zuständigkeit und Verantwortung für die Einbringung und Untersuchung der entscheidungserheblichen Beweise in der Hand des erkennenden Gerichts.[44] Der Richter ist daher nicht passiver Informationsempfänger, sondern aktiver Mitwirkender,[45] während den Parteien eine zweitrangige und lediglich unterstützende Rolle zukommt.[46]

c) Untersuchung der Kernelemente

Als unterscheidende Kriterien des dargestellten Gegensatzpaares zu nennen sind somit die Rolle der Prozessbeteiligten bezüglich der Beschaffung des Beweismaterials, der gerichtlichen Präsentation, sowie des (schuldfeststellenden) Urteils.[47] Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit die idealtypischen Kernelemente der Dichotomie geeignet sind, die Realität im angeblich adversarischen[48] Prozess der USA und inquisitorischen[49] Prozess Deutschlands abzubilden.

aa) Prozessuale Vorbereitung

(1) Das adversarische Ideal der parteilichen Ermittlung

Die Parteien können sich bezüglich der Beweisbeschaffung nicht auf die Gegenseite verlassen, vielmehr wird aufgrund des wetteifernden Elements von jeder Seite verlangt, ihre eigenen Nachforschungen anzustellen.[50] In diesem Sinne entwickeln beide Parteien konkurrierend und unabhängig voneinander die Aufarbeitung des Sachverhalts, anstatt sich auf ein und dieselbe Akte zu beziehen.[51]

(a) Prozessuale Vorbereitung im US-amerikanischen Strafprozess

Zuständig für die Strafverfolgung ist in den USA ein staatliches Organ, der *public prosecutor*.[52] Um im Vorfeld des Gerichtsverfahrens eine effiziente Beweispräsentation und schlagende Argumente gegen die Verteidigung zu entwickeln, vernimmt er Zeugen, überprüft Dokumente und berät sich mit der Polizei.[53]

Da die Verteidigung ohne Informationen über diese gesammelten Beweise in ihrer separat geführten Vorbereitung benachteiligt ist, finden sich im amerikanischen Prozessrecht eine Reihe sogenannter *discovery rules*.[54] So kann die Verteidigung durch Antrag (*motion for pretrial discovery*) vor der Hauptverhandlung Akteneinsicht verlangen.[55] Zudem hat die *prosecution* die Pflicht, der Gegenseite all jene entlastenden Beweise mitzuteilen, die den Ausgang des Verfahrens beeinflussen können.[56] Von einer strikt getrennten parteilichen Vorarbeit kann hier folglich nicht die Rede sein.

(b) Prozessuale Vorbereitung im US-amerikanischen Zivilprozess

Im US-amerikanischen Zivilprozess werden Vorverfahren (*pretrial*) und Hauptverfahren (*trial*) streng voneinander getrennt.[57] Während des *pretrial*-Verfahrens untersuchen die Parteien alle denkbaren Aspekte des Sachverhalts, die während der Hauptverhandlung zur Sprache kommen können.[58] Seit der Implementierung in die *Federal Rules of Civil Procedure* von 1938 spielt dabei das *discovery*-Verfahren eine tragende Rolle.[59] Durch die *pretrial discovery* haben die Parteien die Möglichkeit, relevante Informationen und Dokumente von der Gegenseite oder Dritten zu erlangen, wobei sich die Bereitstellung auf Anfrage allmählich zur obligatorischen Herausgabe verschiebt.[60] Da die *pretrial discovery* (wie die *discovery* im Strafverfahren) der strikten Parteientrennung während der Beweisbeschaffung widerspricht, kann sie als nicht-adversarisches Element angesehen werden.[61]

Des Weiteren unterliegt das *pretrial*-Verfahren der richterlichen Aufsicht.[62] Um die zunehmend ausufernde und kostenintensive *discovery* einzudämmen[63] sowie den Fortschritt des Verfahrens zu sichern, hat sich die Rolle des Richters in jüngerer Zeit von der eines passiven Schiedsrichters zu der eines aktiven *case managers* verschoben.[64] Zu Beginn des *pretrial*-Verfahrens erlässt der

44 *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (13).

45 *Sward* (Fn. 6), Ind. L.J. 64 (1989), 301 (313).

46 *Marcus*, Above the Fray or Into the Breach: The Judge's Role in New York's Adversarial System of Criminal Justice, Brooklyn Law Review 57 (1992), 1193 (1193).

47 *Billis* (Fn. 23), S. 82.

48 So u.a. *Nijboer*, The American Adversarial System in Criminal Cases: Between Ideology and Reality, Cardozo Journal of International and Comparative Law 5 (1997), 79 (80).

49 So u.a. *Van Caenegem* (Fn. 41), Review 1 (1999b), 69 (70).

50 *Turner*, Plea Bargaining and Disclosure in Germany and the United States: Comparative Lessons, William & Mary Law Review 57 (2016), 1549 (1577).

51 *Jörg/Field/Brants*, Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?, in: Fennel/Harding/Jörg/Swart (Hrsg.), Criminal Justice in Europe – A Comparative Study, 1995, 41 (48).

52 *Reichel*, Comparative Criminal Justice Systems – A Topical Approach, 2013, S. 190.

53 *Smith* (Fn. 38), S. 24.

54 *Pizzi*, Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It, 1999, S. 121 f.

55 *Trüg* (Fn. 9), S. 48.

56 *Bradley*, United States, in: ders. (Hrsg.), Criminal Procedure – A Worldwide Study, 2. Aufl. 2007, 519 (541).

57 *Timke*, Die Vorlagebefugnisse von Amts wegen in Deutschland und die U.S.-amerikanische discovery, 2014, S. 27.

58 *Langbein* (Fn. 8), U. Chi. L. Rev. 52 (1985), 823 (831).

59 *Zhao*, Evidence Collection in the German, American and Chinese Legal Systems: A Comparative Analysis, Frontiers of Law in China 6 (2011), 44 (46).

60 *Chase/Hershkoff*, Civil Litigation in Comparative Context, 2007, S. 28 f.

61 *Sward* (Fn. 6), Ind. L.J. 64 (1989), 301 (328).

62 *Chase/Hershkoff* (Fn. 60), S. 28.

63 *Kourlis/Kauffmann*, Rule Reform, Case Management, and Culture Change: Making the Case for Real and Lasting Reform, Kansas Journal of Law & Public Policy 24 (2015), 493 (497).

64 *Freer*, Civil Procedure, 3. Aufl. 2012, S. 432.

Richter ein *case management order*, welches den Zeitplan des Verfahrens festlegt.[65] Zudem kann er auf Umfang, Ziel und Ablauf der *pretrial discovery* Einfluss nehmen.[66] Somit hat der Richter eine aktivere Rolle, als es im idealtypischen adversarischen Prozess vorgesehen ist.

(2) Das inquisitorische Ideal der amtlichen Ermittlung

Im inquisitorischen Prozess besteht die von Amts wegen vorzunehmende Pflicht der Sachverhaltsaufklärung.[67] Eine zumindest theoretisch neutrale Justizbehörde leitet die Ermittlungen,[68] unter deren Aufsicht ein Dossier zusammengestellt wird.[69] Dabei werden weder die Interessen des Klägers noch die der Verteidigung verfolgt.[70]

(a) Prozessuale Vorbereitung im deutschen Strafprozess

In Deutschland ist für die Ermittlung und Strafverfolgung die Staatsanwaltschaft verantwortlich.[71] Gem. § 160 Abs. 1 StPO hat sie bei Verdacht einer Straftat den Sachverhalt zu erforschen, wobei sie nach § 160 Abs. 2 StPO sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände zu ermitteln hat. Zwar kann sie sich dabei zur Ermittlung der Polizei bedienen, ist aber als objektive, unabhängige Justizbehörde nicht als Partei im engeren Sinne zu verstehen.[72]

Häufig wird als typisch inquisitorisch der Untersuchungsrichter angeführt,[73] dessen vermischte Funktion aus Ermittlungs- und Richtinstanz eine unbillige Machtkonzentration darstelle.[74] Ein solcher Untersuchungsrichter wurde in Deutschland jedoch bereits 1975 abgeschafft.[75] Das deutsche Prozessrecht kennt hingegen den Ermittlungsrichter im Ermittlungsverfahren. Dieser unterscheidet sich vom im Hauptverfahren eingesetzten Richter und agiert nur in Fällen, in denen die zu ergreifenden Ermittlungsmaßnahmen derart in die Freiheit eines Individuums eingreifen, dass sie die Anordnungsbefugnis des Staatsanwalts überschreiten.[76]

Allerdings hat das Gericht nach Anklageerhebung und Aktenübergabe durch den Staatsanwalt[77] die Möglichkeit, während des Zwischenverfahrens und der Vorbereitung zum Hauptverfahren ergänzende Beweiserhebungen durchzuführen.[78] Da die Anklage den Prozessgegenstand festlegt, ist das Gericht aber insofern thematisch gebunden.[79]

(b) Prozessuale Vorbereitung im deutschen Zivilprozess

Im deutschen Zivilprozess gilt aus § 308 Abs. 1 ZPO folgend die Dispositionsmaxime, d.h. die Parteien bestimmen selbst durch ihre Anträge den Streitgegenstand und schränken hierdurch das Gericht thematisch in seiner Entscheidung ein.[80] Entgegen dem inquisitorischen Idealtyp erfolgt daher keine Klageerhebung von Amts wegen.[81] Zudem gilt gerade nicht der Untersuchungsgrundsatz, bei dem der Richter für Beschaffung und Beweis der entscheidungserheblichen Tatsachen verantwortlich ist.[82] Vielmehr obliegt im Sinne der Verhandlungsmaxime den Parteien die Beibringung der Tatsachen,[83] da sie Herren des Verfahrens sein sollen.[84] So ist es Aufgabe der Parteien und ihrer Anwälte, die Tatsachen zu erforschen, abzuwägen und zu entscheiden, welche Beweise einzubringen sind.[85]

Nach welcher Verfahrensweise die Vorbereitung des Hauptverfahrens erfolgt, liegt hingegen im Ermessen des Richters.[86] Ordnet er ein schriftliches Vorverfahren an, tauschen die Parteien Schriftsätze aus,[87] um dem Gegner und dem Gericht die Vorbereitung auf den Prozessstoff zu ermöglichen.[88] Gem. § 130 Nr. 5 ZPO haben sie dabei unter anderem ihre Beweismittel offenzulegen. Zwar kann der Richter nach § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO von Behörden oder sonstigen öffentlichen Ämtern die Herausgabe von Urkunden und amtlichen Auskünften verlangen, sofern diese gem. § 273 Abs. 1 ZPO erforderlich sind. Da die Aktenauskunft aber nur zulässig ist, sofern sich eine Partei darauf bezogen hat, ist hierin keine Ermächtigung zur Amtsermittlung zu sehen.[89]

65 *Gensler*, Judicial Case Management: Caught in the Crossfire, Duke Law Journal 60 (2010), 669 (671).

66 *Gensler* (Fn. 65), Duke LJ 60 (2010), 669 (671).

67 *Eser*, „Adversatorisch" versus „inquisitorisch - auf der Suche nach optimalen Verfahrensstrukturen, in: Nuhoglu/Altunç/Pirim (Hrsg.), Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armagan, Bd I, 2014, 807 (812).

68 *Bradley*, in: ders. (Fn. 5), xvii (xvii).

69 *Marcus* (Fn. 46), Brook. L. Rev. 57 (1992), 1193 (1194).

70 *Hodgson*, Conceptions of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure, in: Duff et al. (Hrsg.), The Trial on Trial Vol. 2 – Judgment and Calling to Account, 2006, 223 (224).

71 *Frase/Weigend* (Fn. 8), B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 18 (1995), 317 (322).

72 *Billis* (Fn. 23), S. 226 f., 239; BVerfGE 63, 45 (63 f.).

73 *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, Rn. 139; so z.B. bei *Nijboer* (Fn. 48), Cardozo J. Int'l & Comp. L. 5 (1997), 79 (93).

74 *Salas*, The Role of the Judge, in: Delmas-Marty/Spencer (Hrsg.), European Criminal Procedures, 2002, 488 (498).

75 *Frase/Weigend* (Fn. 8), B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 18 (1995), 317 (325).

76 *Juy-Birkmann/Biermann*, The German System, in: Delmas-Marty/Spencer (Hrsg.), European Criminal Procedures, 2002, 292 (305).

77 Vgl. hierzu §§ 170 Abs. 1, 199 Abs. 2 StPO.

78 *Billis* (Fn. 23), S. 238 f.

79 *Haas*, Strafbegriff, Staatsverhältnis und Prozessstruktur – Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren, 2008, S. 12 f.

80 *Saenger*, Zivilprozessordnung – Kommentiertes Prozessformularbuch, 3. Aufl. 2016, § 308 Rn. 1.

81 *Adolphsen*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2016, § 4 Rn. 9.

82 *Musielak*, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung – Kommentar, 13. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 38.

83 *Lüke*, Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 14.

84 *Musielak*, in: Musielak/Voit (Fn. 82), Einleitung Rn. 38.

85 *Kötz*, Civil Justice Systems in Europe and the United States, Duke Journal of Comparative & International Law 13 (2003), 61 (69).

86 *Adolphsen*, ZivilProzR (Fn. 81), § 9 Rn. 36; vgl. § 272 Abs. 2 ZPO.

87 *Adolphsen*, ZivilProzR (Fn. 81), § 3 Rn. 8; vgl. § 129 ZPO.

88 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. I, 5. Aufl. 2016, § 129 Rn. 1.

89 *Bacher*, in: Vorwerk/Wolf, Beck'scher Online-Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Edn. 2016, § 273 Rn. 9.

bb) Erhebung, Präsentation und Prüfung in der Hauptverhandlung

(1) Das adversarische Ideal der parteilichen Beweisführung

Die Präsentation des Beweismaterials obliegt im idealtypischen adversarischen Prozess allein den Parteien,[90] und somit auch die Entscheidung, welchen Beweisstoff sie einbringen oder wohlweislich vorenthalten wollen.[91] Aufgrund des Mündlichkeitsgrundsatzes müssen die Beweise durch Zeugenaussagen präsentiert werden.[92] Dies geschieht, indem jede Partei ihre eigenen Zeugen benennt und jene der gegnerischen Seite im Kreuzverhör vernimmt.[93]

(a) Erhebung, Präsentation und Prüfung im US-amerikanischen Strafprozess

Im US-Strafprozess hat die *prosecution* Beweise darzulegen, insbesondere durch Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, um die Schuld des Angeklagten zu beweisen.[94] Auch die Verteidigung spielt eine aktive Rolle, indem sie Zeugen im Kreuzverhör vernimmt, eigene Zeugen lädt und ihren Standpunkt der Jury präsentiert.[95] Im Gegensatz zur *prosecution* ist sie jedoch nicht dazu verpflichtet, sich zu dem Fall zu äußern.[96] Ebenso wenig darf die *prosecution* den Angeklagten zur Vernehmung in den Zeugenstand rufen.[97]

Die Parteien sind zudem nicht – wie im adversarischen Idealtyp – in der Wahl und Präsentation ihrer Beweismittel vollkommen unabhängig. Vielmehr richtet sich die Beweisführung nach den entsprechenden Regelungen der Staaten oder des Bundes.[98] Aus dem *IV. Amendment* der US-Verfassung folgernd wurde die *exclusionary rule* entwickelt, wonach Beweise vor Gericht auszuschließen sind, die unter Verstoß gegen ein verfassungsrechtlich garantiertes Privileg erlangt wurden.[99] Zudem enthält das *VI. Amendment* neben dem Recht auf *cross-examination* der Belastungszeugen das Prinzip der Mündlichkeit, wonach alle Zeugen vor Gericht zu erscheinen und auszusagen haben.[100] Ausprägung dieses dem Idealtyp entsprechenden Prinzips ist insbesondere das Verbot des Beweises durch Hörensagen (*hearsay*).[101] Allerdings sind Beweismittel in Form eines schriftlichen Zeugnisses dann zugelassen, wenn die Anwesenheit des Zeugen unmöglich ist und das Zeugnis unter glaubwürdigen und verlässlichen Umständen aufgenommen wurde.[102]

Die Einhaltung von Fairness- und Prozessregeln wird durch den Richter überwacht,[103] zudem entscheidet er über die Zulässigkeit der Beweispräsentation.[104] Er hat zwar die Befugnis, Zeugen zu befragen, insbesondere dann, wenn ein Anwalt einen Punkt nicht ausreichend darlegt, er macht von dieser Möglichkeit aber in der Regel kaum Gebrauch.[105]

(b) Erhebung, Präsentation und Prüfung im US-amerikanischen Zivilprozess

Im US-Zivilprozess rufen und befragen die Anwälte eigene Zeugen und Sachverständige und unterziehen die der Gegenseite dem Kreuzverhör.[106] Den Parteien obliegt aber auch hier kein uneingeschränkter Gestaltungsspielraum. So sind die Anwälte gemäß diverser Verhaltenskodizes und der *Federal Rule of Procedure 11* dazu verpflichtet, auch jene Rechtsprechung zu zitieren, die dem eigenen Standpunkt entgegensteht.[107] Zudem wird die Zulässigkeit von Beweisen durch eine Vielzahl von Regelungen beschränkt.[108] So ist unter anderem auch hier – wiederum mit Ausnahmen – der Beweis durch *hearsay* unzulässig.[109] Der Richter wacht über die Beweispräsentation und das Verhalten der Verfahrensbeteiligten,[110] insbesondere um im *jury trial* eine verzerrende Beeinflussung durch anwaltliches Verhalten zu vermeiden.[111] Im Rahmen von *case management* hat er außerdem die Möglichkeit, Zeugen zu befragen und Punkte anzusprechen, die zuvor von den Parteien nicht behandelt wurden.[112] Insofern wird die Rolle der Parteien begrenzt, was das amerikanische System näher an das „inquisitorische" System rückt.[113] Seit 1975[114] kann der Richter zudem einen eigenen Sachverständigen bestellen, sofern der Sachverständige einer Partei der Zulässigkeitsprüfung nicht standhält.[115]

Außerdem erfolgte eine starke Abkehr vom Grundsatz der Mündlichkeit in den Rechtsmittelgerichten, d.h. den

90 *Hodgson*, in: Duff et al. (Fn. 70), 223 (223).

91 *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (17).

92 *Bradley*, in: ders. (Fn. 5), xvii (xvii).

93 *Marcus* (Fn. 46), Brook. L. Rev. 57 (1992), 1193 (1194).

94 *Smith* (Fn. 38), S. 26.

95 *Bradley*, in: ders. (Fn. 56), 519 (545).

96 *Samaha*, Criminal Procedure, 6. Aufl. 2005, S. 485.

97 Das Recht, nicht als Zeuge gegen sich selbst aussagen zu müssen, leitet sich aus dem *V. Amendment* der US-Verfassung ab, *Samaha* (Fn. 96), S. 485.

98 *Smith* (Fn. 38), S. 26.

99 *Reichel* (Fn. 52), S. 65; Mapp v. Ohio 367 U.S. 643 (1961).

100 *Bradley*, in: ders. (Fn. 56), 519 (544).

101 *Bradley*, in: ders. (Fn. 56), 519 (544).

102 *Samaha* (Fn. 96), S. 484 f.

103 *Pizzi,* Sentencing in the US – An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body?, in: Jackson/Langer/Tillers (Hrsg.), Crime, Procedure and Evidence in an International Context – Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska, 2008, S. 65 (67).

104 *Trüg* (Fn. 9), S. 52.

105 *Bradley*, in: ders. (Fn. 56), 519 (546).

106 *Chase/Hershkoff* (Fn. 60), S. 32.

107 *Howard*, The Duty to Cite Adverse Authority, The Journal of the Legal Profession 16 (1991), 295 (295 f.).

108 *Chase/Hershkoff* (Fn. 60), S. 32.

109 *Oakley/Amar*, American Civil Procedure – A Guide to Civil Adjudication in US Courts, 2009, S. 215.

110 *Freer* (Fn. 64), S. 442.

111 *Freer* (Fn. 64), S. 442.

112 *Sward* (Fn. 6), Ind. L.J. 64 (1989), 301 (341 f.).

113 *Sward* (Fn. 6), Ind. L.J. 64 (1989), 301 (341 f.).

114 Im Strafverfahren bereits seit 1946, vgl. *Meyer*, Der Sachverständigenbeweis zwischen Partei und Richter – Rechtsvergleich zum US-amerikanischen Zivilprozess und Reformansätze im deutschen Recht, 2013, S. 92.

115 *Meyer* (Fn. 114), S. 106 f.

U.S. Courts of Appeals und dem *U.S. Supreme Court*.[116] Die Anfertigung von Schriftsätzen mit Stellungnahmen und Auswertung der Rechtsquellen durch die Parteien sowie die vorherige Einsicht des Gerichts erinnern dort ebenfalls eher an einen kontinentaleuropäischen Zivilprozess.[117]

(2) Das inquisitorische Ideal der richterlichen Beweisführung

Im inquisitorischen Prozess entscheidet das Gericht über Art, Umfang und Reihenfolge der zu präsentierenden Informationen. Die Präsentation erfolgt überwiegend schriftlich[118] in einem nichtöffentlichen Verfahren.[119] Werden Zeugen, Sachverständige oder der Angeklagte vernommen, so ist dies Aufgabe des Richters.[120]

(a) Erhebung, Präsentation und Prüfung im deutschen Strafprozess

Tatsächlich obliegen im deutschen Strafprozess die Leitung der Verhandlung, Vernehmung des Angeklagten und Beweisaufnahme dem Vorsitzenden Richter.[121] Er hat dabei zur Erforschung der Wahrheit von Amts wegen die Beweisaufnahme auf alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken.[122] Es sind somit sowohl belastende als auch entlastende Umstände zu berücksichtigen.[123]

Entgegen dem Idealtyp gelten im deutschen Strafprozess dabei das Mündlichkeitsprinzip und der Öffentlichkeitsgrundsatz.[124] Die Anklage wird von der Staatsanwaltschaft vertreten, sie ist jedoch nicht als Partei anzusehen.[125] Um eine in der inquisitorischen Struktur des Verfahrens begründete Prägung des Richters durch vorherige Aktenkenntnis auszugleichen, steht dem Angeklagten ein Verteidiger zu Seite.[126]

Trotz der zentralen Rolle des Richters[127] haben die Beteiligten die Möglichkeit, die Beweisaufnahme durch Beweisanträge mitzugestalten.[128] Durch dieses eingeräumte Gegengewicht besitzt das Beweisantragsrecht daher adversarischen Charakter.[129] Weiterhin haben sie gem. § 257 Abs. 1, 2 StPO das Recht, sich nach jeder Vernehmung des (Mit-)Angeklagten und jeder Beweiserhebung zu dem Vortrag zu erklären[130] und gem. § 240 Abs. 2 S. 1 StPO an den Angeklagten, Zeugen und Sachverständige Fragen zu stellen.[131]

Mangels einer vom Ankläger aufgestellten Schuldthese und vom Verteidiger entgegengestellten Antithese kann das deutsche Strafverfahren dennoch nicht als dialektisches Verfahren verstanden werden.[132]

(b) Erhebung, Präsentation und Prüfung im deutschen Zivilprozess

Geleitet wird die Verhandlung im Zivilprozess durch den Vorsitzenden,[133] welcher als unparteilicher Richter auftritt.[134] Er hat dafür Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfend erörtert wird.[135] Dies berechtigt ihn jedoch nicht zur eigenständigen Sachverhaltsermittlung, der Vortrag des Tatsachenstoffs verbleibt vielmehr die Aufgabe der Parteien.[136] Sie verhandeln den Rechtsstreit grundsätzlich mündlich vor dem erkennenden Gericht,[137] wobei in der Praxis insbesondere vor den unteren Gerichten die Bezugnahme auf Schriftsätze vorgezogen wird.[138] Verhandlung sowie Verkündung von Urteilen und Beschlüssen unterliegen zudem dem Grundsatz der Öffentlichkeit.[139]

Die Verhandlungsmaxime hat im Laufe der Zeit eine Reihe von Einschränkungen erfahren, so insbesondere durch die Ausweitung der richterlichen Frage- und Aufklärungspflicht sowie der Wahrheitspflicht der Parteien.[140] Sofern zur Aufklärung der Tatsachen erforderlich, hat das Gericht das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien zu erörtern und Fragen zu stellen.[141] Zudem hat es die Parteien auf entscheidungserhebliche Gesichtspunkte sowie auf Zulässigkeits- und Rechtsmittelbedenken hinzuweisen.[142] Die Parteien hingegen sind nunmehr dazu verpflichtet, ihre Erklärungen der Wahrheit gemäß abzugeben.[143] Ist eine Beweisaufnahme beweisbedürftiger Tatsachenbehauptungen erforderlich,[144] erfolgt sie unter richterlicher Leitung und gegebenenfalls durch richterliche Initiative.[145] Bei der Vernehmung von Zeugen spielt sodann der Richter eine tragende Rolle.[146]

116 *Kühne*, Amicus Curiae – Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter, 2015, S. 44, 61.

117 *Kühne* (Fn. 116), S. 44 f.

118 *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (3).

119 *Spencer* (Fn. 10), Int'l J HR 20 (2016), 601 (608).

120 *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (17).

121 § 238 Abs. 1 StPO.

122 §§ 244 Abs. 2, 238 Abs. 1 StPO.

123 *Dannecker*, Die strafprozessualen Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit in den Rechtsordnungen der Europäischen Union, ZVglRWiss 97 (1998), 407 (416).

124 *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2016, § 18 Rn. 1.

125 *Kindhäuser*, StrafProzR (Fn. 124), § 5 Rn. 1.

126 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 19 Rn. 1.

127 *Trüg* (Fn. 9), S. 204.

128 Vgl. §§ 244 Abs. 3-6, 246 StPO; Trüg (Fn. 9), S. 205 ff.

129 *Trüg* (Fn. 9), S. 208.

130 *Haas* (Fn. 79), S. 16; vgl. § 257 Abs. 1, 2 StPO.

131 Vgl. § 240 Abs. 2 S. 1 StPO.

132 *Haas* (Fn. 79), S. 15.

133 § 136 Abs. 1 ZPO.

134 *Paulus*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 200.

135 § 136 Abs. 3 ZPO.

136 *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 13. Aufl. 2016, Rn. 191.

137 § 128 Abs. 1 ZPO.

138 *Musielak/Voit*, GK ZPO (Fn. 136), Rn. 191; vgl. zu den Voraussetzungen § 137 Abs. 2 S. 1 ZPO.

139 *Musielak/Voit*, GK ZPO (Fn. 136), Rn. 224; vgl. auch § 169 S. 1 GVG.

140 *Lüke*, ZivilProzR (Fn. 83), § 2 Rn. 21.

141 § 139 Abs. 1 S. 1 ZPO.

142 *Wöstmann*, in: Saenger, Zivilprozessordnung, Handkommentar, 6. Aufl. 2015, § 139 Rn. 6, 9; vgl. § 139 Abs. 2, 3 ZPO.

143 § 138 Abs. 1 ZPO.

144 *Lüke*, ZivilProzR (Fn. 83), § 2 Rn. 19.

145 *Adolphsen*, ZivilProzR (Fn. 81), § 21 Rn. 2, zur richterlichen Initiative vgl. z.B. §§ 142 Abs. 1, 143 Abs. 1 ZPO.

146 *Kötz* (Fn. 85), Duke J Comp & Int'l L 13 (2003), 61 (67 f).

Die Beibringung neuen Tatsachenstoffs ist dem Richter jedoch nach wie vor nicht möglich,[147] da andernfalls die Verantwortlichkeit von Parteien zu Richter verschoben und die Verhandlungsmaxime dadurch ausgehöhlt würde.[148] Der Zivilprozess ist folglich durch einen Wechsel zwischen inquisitorischer Beweisaufnahme und adversarischen Parteidialogen geprägt.[149]

cc) Urteilsfindung

(1) Das adversarische Ideal des passiven Tatsachenfinders

Im adversarischen Prozess hängt der Ausgang der Verhandlung davon ab, welche Seite das entscheidungsfindende Organ (Richter oder *jury*) überzeugen kann.[150] Da es im Vorfeld der Verhandlung keinerlei Kenntnis vom Sachverhalt hat,[151] muss es sich hierfür allein auf die Vorträge der Parteien stützen.[152]

(a) Das schuldfeststellende Urteil im US-amerikanischen Strafprozess

Nach dem *VI. Amendment* der US-Verfassung hat jeder Beschuldigte das Recht auf ein *jury trial*, sofern die drohende Strafe mindestens sechs Monate Freiheitsentzug beträgt.[153] Aufgabe der *jury*, die sich in der Regel aus zwölf Juroren zusammensetzt,[154] ist die Entscheidung über die Schuldfrage (d.h. die Tatsachenfeststellung) durch das *verdict*.[155]

Bis zur Hauptverhandlung haben die Juroren dabei keinerlei Kenntnis über den Fall und auch der Richter ist nicht genauer (wenn überhaupt) über den Sachverhalt informiert.[156] Um den Angeklagten für schuldig zu befinden, muss die *jury* daher durch den *prosecutor* über jeden begründeten Zweifel hinaus (*beyond any reasonable doubt*) von der Schuld des Angeklagten überzeugt worden sein.[157]

Entgegen der im *common law* üblichen Tradition fasst der Richter in der Regel die Beweise nicht noch einmal für die *jury* zusammen.[158] Er unterrichtet sie jedoch vor deren Beratung über das einschlägige Recht und seine Anwendung.[159] Das Strafmaß wird sodann durch den Richter in einem separaten Verfahren festgelegt.[160]

(b) Das Urteil im US-amerikanischen Zivilprozess

Auch im Zivilprozess haben die Parteien durch das *VII. Amendment* der US-Verfassung in Verfahren des *common law* ein Recht auf eine *jury*.[161] Da sich *common law* hier auf die historische Unterscheidung von *law* und *equity* bezieht, werden nur solche Fälle erfasst, deren Streitigkeiten analog zu denen des *common law* sind.[162] Das Recht besteht zudem nur auf Antrag[163] und vor *federal courts*, wobei der Großteil der Einzelstaaten nachgebildete Bestimmungen aufweist.[164]

Handelt es sich um ein *jury trial*, informiert der Richter auch hier die *jury* über die entscheidungsrelevanten Rechtsfragen, bevor diese die Tatsachen feststellt.[165] Andernfalls ist der Richter im *bench trial* sowohl für die Entscheidung über die Tatsachen als auch die der Rechtsfragen zuständig.[166]

(2) Das inquisitorische Ideal des aktiven Tatsachenfinders

Im inquisitorischen Prozess obliegt die Entscheidung dem Richter, der im Vorfeld vollen Zugang zur Untersuchungsakte hat[167] und eventuell noch benötigte Informationen während der Verhandlung ermittelt.[168] Eine *jury* kommt im inquisitorischen Prozess dagegen nicht zum Einsatz.[169]

(a) Das schuldfeststellende Urteil im deutschen Strafprozess

In Deutschland entscheidet das Gericht über die Tatsachen im Rahmen der Beweiswürdigung.[170] Tatsächlich ist das Gericht bereits mit den Akten vertraut und hat einen hinreichenden Tatverdacht bejaht,[171] weshalb es als voreingenommen angesehen werden kann.[172] Aufgrund des Mündlichkeitsgrundsatzes darf es der Entscheidung jedoch nur denjenigen Prozessstoff zugrunde legen, der in der Hauptverhandlung mündlich vorgetragen und erörtert wurde.[173] Ansonsten gilt zur Ermittlung der materiellen Wahrheit – im Gegensatz zum mittelalterlichen Inquisitionsprozess[174] – die freie Beweiswürdigung.[175] Der Richter ist also an keine Beweiswürdigungsregeln gebunden.[176] Nach Beratung und Abstimmung durch

147 *Paulus*, ZivilProzR (Fn. 134), Rn. 127 f.
148 *Lüke*, ZivilProzR (Fn. 81), Rn. 22.
149 *Langbein* (Fn. 8), U. Chi. L. Rev. 52 (1985), 823 (829).
150 *Smith* (Fn. 38), S. 42.
151 *Sward* (Fn. 6), Ind. L.J. 64 (1989), 301 (312).
152 *Hodgson*, in: Duff et al. (Fn. 70), 223 (223).
153 *Smith* (Fn. 38), S. 53.
154 *Smith* (Fn. 38), S. 53.
155 *Samaha* (Fn. 96), S. 488.
156 *Trüg* (Fn. 9), S. 50 f.
157 *Samaha* (Fn. 96), S. 488.
158 *Pizzi*, in: Jackson/Langer/Tillers (Fn. 103), 65 (68).
159 *Samaha* (Fn. 96), S. 488.
160 *Trüg* (Fn. 9), S. 57.
161 *Timmerbeil*, Witness Coaching und Adversary System, 2004, S. 16.
162 *Chase/Hershkoff* (Fn. 60), S. 31.
163 *Timmerbeil* (Fn. 161), S. 17.
164 *Müller* (Fn. 20), S. 34.
165 *Freer* (Fn. 64), S. 442.
166 *Freer* (Fn. 64), S. 442.
167 *Bradley*, in: ders. (Fn. 5), xvii (xvii).
168 *Sward* (Fn. 6), Ind. L.J. 64 (1989), 301 (313 f.).
169 *Bradley*, in: ders. (Fn. 5), xvii (xvii).
170 *Roxin/Schünemann*, StrafVerfR (Fn. 126), § 45 Rn. 43.
171 Durch Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens, vgl. § 203 StPO.
172 *Trüg* (Fn. 9), S. 208 f.
173 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar, 9. Aufl. 2015, Rn. 64.
174 *Roxin/Schünemann*, StrafVerfR (Fn. 126), § 45 Rn. 42.
175 *Kindhäuser*, StrafProzR (Fn. 124), § 23 Rn. 53.
176 *Pfeiffer*, Strafprozessordnung – StPO, 5. Aufl. 2005, § 261 Rn. 7.

die beteiligten Richter[177] ergeht sodann das über die materielle Rechtslage entscheidende Sachurteil.[178]

Entgegen dem Idealtyp findet sich in Verfahren über schwere Straftaten die Beteiligung von Laienrichtern als Ausprägung des liberalen, aufklärerischen Gedankenguts wieder.[179] Die Mitwirkung der Schöffen ist jedoch auf die Hauptverhandlung beschränkt, während der sie den Berufsrichtern grundsätzlich gleichgestellt sind.[180] So haben sie ebenfalls ein Fragerecht und nehmen an der Urteilsberatung und Abstimmung teil.[181] Anders als die Berufsrichter haben die Schöffen aufgrund des geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatzes aber keine vorherige Kenntnis über die Ermittlungsakten, da bei ihnen die Trennung des Akteninhalts vom Verhandlungsergebnis während der Entscheidungsbildung nicht sichergestellt sei.[182]

(b) Das Urteil im deutschen Zivilprozess

Die Entscheidung über die Tatsachenfragen trifft nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung das Gericht.[183] Eine *jury* kommt im deutschen Zivilprozess dagegen nicht zum Einsatz,[184] Laienrichter finden sich lediglich in der Arbeitsgerichtsbarkeit und den im Rahmen des § 93 Abs. 1 GVG gebildeten Kammern für Handelssachen.[185]

Dem inquisitorischen Idealtyp entsprechend ist der Richter bereits im Vorfeld der Hauptverhandlung mit den Tatsachenbehauptungen der Parteien vertraut.[186] Zudem ist er trotz der Verhandlungsmaxime dazu angehalten, die Sache erschöpfend zu erörtern.[187]

Um zu entscheiden, welche Tatsachen er für wahr erachtet, darf er sich neben der Beweiswürdigung auf den gesamten Inhalt der mündlichen Hauptverhandlung stützen.[188] Da Gegenstand der mündlichen Verhandlung jedoch ausschließlich die von den Parteien eingebrachten Tatsachen sind,[189] kann hier keine Feststellung der absoluten, objektiven Wahrheit erfolgen.[190]

In der Anwendung des Rechts hingegen ist der Richter unabhängig, sie unterliegt nicht der Verhandlungsmaxime.[191]

177 *Roxin/Schünemann*, StrafVerfR (Fn. 126), § 48 Rn. 9.

178 *Pfeiffer*, StPO (Fn. 176), § 260 Rn. 3.

179 *Dannecker* (Fn. 123), ZVglRWiss 97 (1998), 407 (416).

180 *Eser*, Laienrichter im Strafverfahren – Ein Vergleich zwischen inquisitorischem und adversatorischem System aus deutscher Sicht, in: Kroeschell/Karl (Hrsg.), Vom nationalen zum transnationalen Recht – Symposion der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka, 1995, 161 (168 f.).

181 *Eser*, in: Kroeschell/Karl (Fn. 180), 161 (169).

182 *Dannecker* (Fn. 123), ZVglRWiss 97 (1998), 407 (416).

183 *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 376.

184 *Langbein* (Fn. 8), U. Chi. L. Rev. 52 (1985), 823 (829).

185 *Müller* (Fn. 20), S. 245.

186 Vgl. III., 1., c), aa), (2), (b).

187 Vgl. III., 1., c), bb), (2), (b); § 136 Abs. 3 ZPO.

188 *Pohlmann*, ZivilProzR (Fn. 183), Rn. 376.

189 *Adolphsen*, ZivilProzR (Fn. 81), § 4 Rn. 12.

190 *Adolphsen*, ZivilProzR (Fn. 81), § 23 Rn. 35.

191 *Adolphsen*, ZivilProzR (Fn. 81), § 4 Rn. 13.

2. Debatten über das vorzugswürdige Modell

Infolge globaler, wechselseitiger Einflüsse zwischen adversarischen und inquisitorischen Prozesssystemen entstand eine rege Debatte über die jeweilige Vorzugswürdigkeit der Systeme.[192]

a) Wahrheitsermittlung

Besonders umstritten ist, welches System die besseren Instrumente zur Wahrheitsermittlung bietet,[193] also der Förderung faktisch akkurater Urteile besser dient.[194]

Für die adversarische Tatsachenfeststellung wird argumentiert, größere Anforderungen an Arbeitseifer und Vertraulichkeit gegenüber dem Vertretenen führten zu einer besseren Aufbereitung des Prozessmaterials und somit zu einer präziseren Entscheidung.[195] Während der inquisitorische Richter Gerechtigkeit gegen zeitliche und finanzielle Beschränkungen abwägen müsse, fördere der adversarische Anwalt vorteilhaftes Beweismaterial zutage und suche und neutralisiere das nachteilige.[196]

Da es den Parteien aber in erster Linie um den Erfolg im Rechtsstreit gehe, so wird von Gegnern argumentiert, werde die Wahrheitsermittlung gerade durch dieses Verhalten verhindert.[197] Die Parteien unterdrückten Tatsachen, arbeiteten mit Tricks und Überraschungen, verschleierten die Wahrheit, manipulierten die Tatsachenermittler und bereiteten ihre Zeugen vor.[198] Vor allem *witness coaching*, die professionelle und zeitaufwändige Vorbereitung von Zeugen- und Sachverständigenaussagen, wird von deutschen Juristen mit Unverständnis beäugt.[199] Auch auf amerikanischer Seite wird die Praxis kritisiert. So werde die Aussage eines Zeugen im Vorfeld durch subtile Beeinflussung derart geformt, dass sie ausschließlich dem Interesse der Partei diene.[200] Da dies häufig dazu führe, dass man auf möglicherweise nachteilige Fragen oder die Vernehmung unmittelbarer Tatzeugen verzichte, sei eine überparteiliche Wahrheitsermittlung nicht möglich.[201] Selbst das Kreuzverhör als einzige Waffe gegen voreingenommene Zeugen biete keine ausreichende Garantie zur Wahrheitsermittlung, da durch gezielte Fragen die Aussage des Zeugen manipuliert werden könne.[202]

192 *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (1 ff.).

193 *Damaska*, Presentation of Evidence and Factfinding Precision, University of Pennsylvania Law Review 123 (1975), 1083 (1083).

194 *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (5).

195 *Bundy/Elhauge*, Do Lawyers Improve the Adversary System? A General Theory of Litigation Advice and Its Regulation, California Law Review 79 (1991), 313 (315 f.) mit kritischen Überlegungen im Ergebnis zustimmend.

196 *Walpin* (Fn. 7), Harv. J. L. & Pub. Pol'y 26 (2003), 175 (177).

197 *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (22).

198 *Findley*, Adversarial Inquisitions: Rethinking the Search for the Truth, New York Law School Review 56 (2011/2012), 911 (912).

199 *Timmerbeil* (Fn. 161), S. 1.

200 *Pizzi* (Fn. 54), S. 125.

201 *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (22 f.).

202 *Langbein* (Fn. 8), U. Chi. L. Rev. 52 (1985), 823 (833 f.).

Aber auch den wahrheitsgemäß aussagenden Zeugen der Gegenseite könne ein gerissener Anwalt im Kreuzverhör so verunsichern und einschüchtern, dass die Aussage schließlich nicht mehr glaubwürdig erscheine.[203] Wegen der Gefahr, nachteilige und unerwartete Tatsachen hervorzubringen, werde hauptsächlich eine risikofreie Strategie angewandt, was die Erforschung neuer Tatsachen erschwere.[204]

Trotz möglicher Gefahren sei *cross-examination* dennoch ohne Zweifel das beste Mittel zur Erforschung der Wahrheit.[205] Die intensive, beiderseitige Befragung garantiere die Vollständigkeit und Glaubwürdigkeit von Aussagen[206] und mache eine Falschaussage quasi unmöglich.[207] Es sei daher offensichtlich, dass große Justizversagen in Kontinentaleuropa bei Anwendung des Kreuzverhörs hätten verhindert werden können.[208]

Demgegenüber wird eingewandt, dass der ideale adversarische Prozess für eine erfolgreiche Beweisuntersuchung die Ebenbürtigkeit der Parteien voraussetze, was in der US-amerikanischen Prozessrealität aber nicht gegeben sei.[209] Vielmehr hänge im Parteienprozess die erfolgreiche Vertretung von den finanziellen Möglichkeiten einer Partei ab.[210]

Hier wird wiederum erwidert, dass in inquisitorischen Systemen der Ausgang des Verfahrens gänzlich außerhalb des Parteieneinflusses liege, da er allein von der Fähigkeit, Möglichkeit und Einstellung des Richters abhänge.[211] Eine große Gefahr des inquisitorischen Prozesses bestehe gerade darin, dass der Richter als Wahrheitsermittler über kurz oder lang eine Sichtweise bevorzuge und die Objektivität in der Zeugenvernehmung nicht mehr gewähren könne.[212]

Welche Form der Beweispräsentation im Ergebnis der Wahrheitserforschung dienlicher ist, kann und soll hier nicht erörtert werden. Da es kein Werkzeug zur eindeutigen Messung der Fehlerfreiheit gibt, wird die Frage möglicherweise auch in Zukunft nicht abschließend geklärt werden können.[213]

b) Verfahrenseffizienz und ihre Auswirkung am Beispiel von plea bargaining

Wo die Frage nach der besseren Wahrheitsermittlung unbeantwortet bleibt, wird regelmäßig die Effizienz der Verfahren diskutiert.[214] Dabei wird sowohl auf deutscher als auch auf amerikanischer Seite häufig der inquisitorische Strafprozess als überlegen angesehen.[215] Während der inquisitorische Richter gezielt die urteilsrelevanten Aspekte in Angriff nehme, seien die Parteien im adversarischen Prozess darauf angewiesen, im Vorfeld der Hauptverhandlung so umfassend wie möglich ihre Beweise zu sammeln.[216]

Tatsächlich ist der Parteienwettstreit aufgrund zahlreich benötigter Verfahrensregelungen so kosten- und zeitintensiv, dass er in der Praxis nicht als Standardmodell gelten kann.[217] In der Realität erreicht nur eine geringe Anzahl von Fällen die Hauptverhandlung.[218] Stattdessen kommt während des Vorverfahrens eine Reihe von Absprachen durch Verhandlungen zustande.[219] *Plea bargaining*, insbesondere *guilty pleas* sind hierbei bedeutend, um schnelle und ökonomische Verfahren zu garantieren.[220] Beim *guilty plea* erkennt der Angeklagte im Vorstadium (während des *arraignments*) den Tatvorwurf an.[221] Im Gegenzug sieht der *prosecutor* aufgrund seines umfassenden, vom Schweregrad des Tatvorwurfs unabhängigen Anklageermessens (*discretion*) von der Erhebung gewisser Anklagepunkte ab.[222] Da der Konflikt nach US-amerikanischem Verfahrensverständnis beigelegt ist, wird das Hauptverfahren entbehrlich.[223] So gaben im Jahr 2010 96,8 % der vor den US District Courts Verurteilten ein *plea of guilty* ab, lediglich 3,2 % der Verurteilungen kamen durch eine Gerichtsverhandlung zustande.[224] Da die Dispositionsbefugnis bei den Parteien verbleibt, kann *plea bargaining* als mit dem adversarischen Prozessverständnis vereinbar angesehen werden.[225] Von Vorteil sei, dass der Beschuldigte lange Haftstrafen und die Unsicherheiten eines Gerichtsverfahrens vermeiden könne, indem er eine zügige Beilegung seines Falles

203 *Weigend*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Wahrheitssuche im Strafverfahren, in: Bernsmann/Fischer (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, 2011, 749 (757), zit. n. *Billis* (Fn. 23), S. 114.

204 *Van Koppen/Penrod*, Adversarial Versus Inquisitorial Justice – Psychological Perspectives on Criminal Justice Systems, 2003, S. 132 f., 166.

205 Vgl. das berühmte Zitat *John Henry Wigmores* in *Wigmore*, A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law: Including the Statutes and Judicial Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada, Bd. III, 2. Aufl. 1923, § 1367, S. 27: "Nevertheless, it is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth".

206 Kritisch dazu *Billis* (Fn. 23), S. 114 f.

207 *Wigmore*, Evidence (Fn. 205), § 1367, S. 28.

208 *Wigmore*, Evidence (Fn. 205), § 1367, S. 27.

209 *Findley* (Fn. 198), N.Y.L. Sch. L. Rev. 56 (2011/2012), 911 (914).

210 *Deffains/Demougin*, The Inquisitorial and the Adversarial Procedure in a Criminal Court Setting, ZStW 164 (2008), 31 (42).

211 *Walpin* (Fn. 7), Harv. J. L. & Pub. Pol'y 26 (2003), 175 (180).

212 *Kötz* (Fn. 85), Duke J Comp & Int'l L 13 (2003), 61 (65); *Lord Justice Denning* in *Jones v National Coal Board* [1957] 2 Q.B. 55, 63.

213 *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (6).

214 *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (6).

215 Vgl. z.B. *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (20); *Langbein*, Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It, Michigan Law Review 78 (1979), 204 (206 f.).

216 *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Fn. 2), 11 (21).

217 *Jörg/Field/Brants*, in: Fennel et al. (Fn. 51), 41 (52).

218 *Cole*, United States of America, in: ders./Frankowski/Gertz (Hrsg.), Major Criminal Justice Systems – A Comparative Study, 2. Aufl. 1987, 29 (42).

219 *Cole*, in: ders./Frankowski/Gertz (Fn. 218), 29 (42).

220 *Samaha* (Fn. 96), S. 490 f.

221 *Trüg* (Fn. 9), S. 146.

222 *Trüg*, Erkenntnisse aus der Untersuchung des US-amerikanischen *plea bargaining*-Systems für den deutschen Absprachendiskurs, ZStW (2008), 331 (342).

223 *Trüg* (Fn. 222), ZStW (2008), 331 (341).

224 *University at Albany, Hindelang Criminal Justice Research Center*, Sourcebook of Criminal Justice Statistics, Table 5.34.2010, http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5342010.pdf (Abruf 31.08.2016).

225 So *Trüg* (Fn. 9), S. 155 ff.

erreiche.[226] Allerdings verzichtet der Beschuldigte mit einem *guilty plea* auf sein Recht auf ein *jury trial*,[227] welches im *VI. Amendment* als Normalfall vorgesehen ist.[228] Ironischerweise bewirkt die Abkehr vom Gerichtsverfahren dementsprechend – entgegen dem adversarischen Ideal – den Einflussverlust der Jury, während die staatliche Verfolgungsbehörde an Einfluss gewinnt.[229] Es besteht außerdem die Gefahr, dass Unschuldige vom *guilty plea* Gebrauch machen, wenn sie im Gerichtsverfahren eine schwerere Strafe befürchten.[230] Da zur Beendigung der Wahrheitssuche das Geständnis erforderlich ist,[231] wird *guilty plea* auch mit der mittelalterlichen – meist inquisitorischen – Folter verglichen.[232] Ausgedehnte *prosecutorial discretion* und wachsendes Misstrauen gegenüber *plea bargaining* führten daher dazu, dass sich immer mehr amerikanische Rechtsgelehrte zur Lösungssuche an inquisitorische Systeme wandten.[233] Der in diesen Systemen geltende Amtsermittlungsgrundsatz nämlich befreit den Staat auch bei einem Schuldgeständnis zu Beginn des Prozesses nicht davon, die Wahrheit zu ermitteln.[234] Man nahm daher an, *plea bargaining* sei in kontinentaleuropäischen Systemen unbekannt.[235]

Die Realität in Deutschland sieht jedoch anders aus. So wurde der bezüglich des staatsanwaltlichen Ermessens geltende Legalitätsgrundsatz[236] im Laufe der Zeit durch diverse Einstellungsmöglichkeiten[237] in Richtung Opportunität verschoben.[238] Bedeutend ist hier § 153a StPO, wonach die Staatsanwaltschaft bei Vergehen unter Auflagen und Weisungen[239] mit Zustimmung des Beschuldigten von der Klageerhebung absehen kann. Absprachen über das Ergebnis des Hauptverfahrens hingegen[240] kamen erst Ende der 70er Jahre in großstädtisch geprägten Landgerichtsbezirken auf und waren zunächst lediglich richterrechtlich geduldet.[241] Ein Grund für die zunehmende Absprachenpraxis war dabei die wachsende Zahl von Fällen der Wirtschaftskriminalität, deren Bearbeitung Monate bis Jahre in Anspruch nehmen konnte.[242] Umstritten war hier vor allem, ob die Aushandlung eines Rechtsmittelverzichts zulässig sei.[243] Eine offizielle Billigung der Absprachenpraxis erfolgte erstmals 1997 durch eine Grundsatzentscheidung des BGH.[244] 2005 dann äußerte der Große Senat für Strafsachen, die Organe der Strafrechtsjustiz könnten aufgrund knapper Ressourcen rechtsstaatlichen Prinzipien, insbesondere dem Grundsatz der Prozessökonomie, „ohne die Zulassung von Urteilsabsprachen durch richterrechtliche Rechtsfortbildung nicht mehr gerecht werden".[245] Durch das 2009 in Kraft getretene *Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren* wurden Absprachen im Strafverfahren schließlich durch den neuen § 257c StPO geregelt.[246] Danach kann Gegenstand einer Verständigung die Rechtsfolge bezüglich Urteilsinhalt und dazugehöriger Beschlüsse[247] gegen das Geständnis sein,[248] nicht jedoch der Schuldspruch.[249] Diese Regelung rief erhebliche Bedenken hervor, da sie die Erforschung der materiellen Wahrheit und somit eine schuldangemessene Rechtsfolge verhindere.[250] Das Bundesverfassungsgericht erklärte die Regelung als gegenwärtig verfassungsmäßig,[251] schränkte Auslegung und Anwendung gleichzeitig jedoch massiv ein.[252] So sind z.B. die Vereinbarung einer konkreten Strafe und die Einigung über den Rechtsmittelverzicht unzulässig.[253]

Funktional entspricht das heutige Verständigungsmodell dem *plea bargaining*, wobei im Gegensatz dazu das Geständnis als bloßes Beweismittel, nicht als verfahrensbeilegender Schuldspruch[254] dient und nicht der Staatsanwalt, sondern das Gericht Partner der Absprache wird.[255]

226 *Samaha* (Fn. 96), S. 490 f.; *Blackledge v. Allison*, 431 U.S. 63, 71 (1977).

227 *Grunewald*, Comparing Injustices: Truth, Justice and the System, Albany Law Review 77 (2013/2014), 1139 (1163).

228 *Trüg* (Fn. 9), S. 50.

229 *Boyne*, Procedural Economy in Pretrial Procedure: Development in Germany and the United States, Southern California Interdisciplinary Law Journal 24 (2015), 329 (333).

230 *Roach*, Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes, North Carolina Journal of International Law 35 (2010), 387 (397).

231 *Jörg/Field/Brants*, in: Fennel et al. (Fn. 51), 41 (52).

232 *Nijboer* (Fn. 48), Cardozo J. Int'l & Comp. L. 5 (1997), 79 (93).

233 *Goldstein/Marcus*, Comment on *Continental Criminal Procedure*, The Yale Law Journal 87 (1978), 1570 (1570).

234 *Weigend*, The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure, in: Jackson/Langer/Tillers (Hrsg.), Crime, Procedure and Evidence in an International Context – Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska, 2008, 39 (43).

235 *Frase/Weigend* (Fn. 8), B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 18 (1995), 317 (344); so z.B. *Langbein* (Fn. 215), Mich. L. Rev. 78 (1979), 204 (204 ff.).

236 Vgl. § 152 Abs. 2 StPO.

237 So z.B. wegen Geringfügigkeit (§ 153 StPO) oder weichenden Strafverfolgungsinteresses (§§ 153d Abs. 1, 153e Abs. 1, 154c, 154d, 154e StPO).

238 *Roxin/Schünemann*, StrafVerfR (Fn. 126), § 14 Rn. 5 ff.

239 So z.B. Wiedergutmachungsleistungen oder Zahlung eines Geldbetrags an eine gemeinnützige Einrichtung, *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil – ein Studienbuch, 7. Aufl. 2015, Kap. 21 Rn. 22.

240 *Kindhäuser*, StrafProzR (Fn. 124), § 19 Rn. 1.

241 *Jahn/Kudlich*, in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. II, 1. Aufl. 2016,§ 257c Rn. 11.

242 *Frase/Weigend* (Fn. 8), B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 18 (1995), 317 (345).

243 *Trüg* (Fn. 222), ZStW (2008), 331 (331).

244 *Kindhäuser*, StrafProzR (Fn. 124), § 19 Rn. 4; BGHSt 43, 195 (203).

245 BGHSt 50, 40 (53 f.).

246 *Gorf*, in: Graf, Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 25. Edn. 2016, § 243 Rn. 25a.

247 § 257c Abs. 2 S. 1 StPO.

248 § 257c Abs. 2 S. 2 StPO.

249 § 257c Abs. 2 S. 3 StPO.

250 *Moldenhauer/Wenske*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 257c Rn. 5.

251 BVerfGE 133, 168 (203 f.).

252 *Gorf*, in: Beck OK StPO (Fn. 246), § 243 StPO Rn. 25a.

253 *Kindhäuser*, StrafProzR (Fn. 124), § 19 Rn 7, 11; BVerfGE 133, 168 (227 f., 213 f.).

254 So in seiner Funktion aber in den USA, vgl. *Trüg* (Fn. 222), ZStW (2008), 331 (341).

255 *Roxin/Schünemann*, StrafVerfR (Fn. 126), § 17 Rn. 8.

Während das deutsche Strafrechtssystem dadurch näher an das US-amerikanische gerückt ist, hat auch auf der anderen Seite eine Verschiebung stattgefunden.[256] So hat man während der letzten 20 Jahre die Gefahr von Fehlentscheidungen im *plea bargaining* durch Informationsmangel erkannt und die *disclosure* in einem solchen Maß ausgeweitet, dass sie sich den deutschen Regelungen über die Akteneinsicht anglich.[257]

c) Verfahrensgerechtigkeit aus amerikanischer Sicht

Häufig wird die Art und Bedeutung der Wahrheitsfindung ins Verhältnis zu anderen Werten gesetzt.[258] Wahrheit und Gerechtigkeit seien in den Systemen unterschiedlich miteinander verknüpft, daher dürfe man nicht nach der substantiellen Gerechtigkeit fragen.[259] Substantielle Gerechtigkeit bedeutet dabei das faktisch korrekte Ergebnis,[260] was jedoch nur schwer feststellbar ist und daher dem Vergleich schlecht dient.[261] Man müsse stattdessen danach fragen, welches System die bessere Verfahrensgerechtigkeit gewähre und dem Verfahrensbeteiligten das Gefühl vermittele, fair behandelt worden zu sein.[262] Dabei fließen insbesondere Aspekte der Menschenwürde, schützenswerte persönliche Interessen sowie Mitwirkungs- und Gleichheitsrechte mit ein, die sich häufig aus nationalen oder internationalen Vorschriften ergeben.[263]

Manche Befürworter des adversarischen Systems gehen davon aus, der inquisitorische Strafprozess gefährde eben jene Rechte des Angeklagten.[264] Der negative Blick auf das kontinentale „inquisitorische System" als Negativbeispiel gegenüber den eigenen Werten hat dabei lange Tradition in den USA.[265] So äußerte *Justice Frankfurter* 1949, es gebe keinen näher bestimmten Tatvorwurf, keine Unschuldsvermutung, die Untersuchungshaft sei unbegrenzt, der Beschuldigte habe keinen Anspruch auf rechtlichen Beistand und er werde nicht über seine verfassungsrechtlichen Rechte aufgeklärt.[266] Doch auch heute noch finden sich solche Überzeugungen[267] sowie die Auffassung, nur der adversarische Prozess sei zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens geeignet.[268] Insbesondere die Unschuldsvermutung des adversarischen Systems wird vielfach für den entscheidenden Unterschied gehalten.[269] In Kontinentaleuropa müsse sich der Staat im Vorfeld von der Schuld überzeugen, weshalb der Angeklagte im Prozess seine Unschuld zu beweisen habe.[270] Tatsächlich jedoch gilt in Deutschland nicht die Schuldvermutung. Das Gericht muss aufgrund seiner Aufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO alle entlastenden und belastenden Beweismittel ausschöpfen.[271] Bestehen auch nach Beweiswürdigung noch Zweifel an der Schuld, so gilt der Grundsatz *in dubio pro reo* (im Zweifel für den Angeklagten).[272] Dies ergibt sich neben Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und Schuldgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) unter anderem auch aus Art. 6 Abs. 2 EMRK.[273] Dass sich die Vorstellung von der Schuldvermutung dennoch hält, mag daran liegen, dass nur Fälle mit hinreichendem Tatverdacht vor Gericht gehen.[274] Es werden weniger Fälle mit geringfügig belastendem Beweismaterial verhandelt, was den Eindruck erweckt, die Schuld werde bereits vorausgesetzt.[275]

Was Aufklärungspflichten, das Recht zu Schweigen und das Recht auf rechtlichen Beistand angeht, so sind diese in den USA verfassungsrechtlich begründet. Das *V. Amendement* gewährt, dass niemand in einem strafrechtlichen Fall gegen sich selbst aussagen muss.[276] Entschließt sich der Beschuldigte zu schweigen, muss der Staat seine Schuld sowohl im Vorverfahren als auch später im Hauptverfahren ohne dessen Hilfe nachweisen.[277] Das Recht auf rechtlichen Beistand ergibt sich aus dem *VI. Amendment*.[278] Aufgrund des *V. Amendment* hat die Polizei außerdem die Pflicht, den Verdächtigen über sein Schweigerecht und das Recht auf anwaltlichen Beistand zu informieren.[279] Solche Regelungen finden

256 *Turner* (Fn. 50), Wm. & Mary L. Rev. 57 (2016), 1549 (1549).

257 *Turner* (Fn. 50), Wm. & Mary L. Rev. 57 (2016), 1549 (1549).

258 So z.B. bei *Ilic/Majic*, Nature, Importance and Limits of Finding the Truth in Criminal Proceedings, Belgrade Law Review (2013), 82 (82); *Grande*, Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systematic Differences and the Search for the Truth, in: Jackson/Langer/Tillers (Hrsg.), Crime, Procedure and Evidence in an International Context – Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska, 2008, 145 (148); *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (6).

259 *Grunewald* (Fn. 227), Alb. L. Rev. 77 (2013/2014), 1139 (1144 f.).

260 *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (6).

261 *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (6); vgl. auch III., 2., a).

262 *Ainsworth* (Fn. 35), LL/LD 2 (2015), 1 (6).

263 *Billis* (Fn. 23), S. 104.

264 *Gruber/Palacios/van Kempen*, Practical Global Criminal Procedure, 2012, S. 238.

265 *Sklansky*, Anti-Inquisitorialism, Harvard Law Review 122 (2009), 1633 (1635).

266 *Damaska* (Fn. 1), U. Pa. L. Rev. 121 (1973), 506 (569); *Justice Frankfurter* in *Watts v. Indiana* 338 U.S. 49, 54-55 (1949).

267 *Spencer* (Fn. 10), Int'l J HR 20 (2016), 601 (608 ff.).

268 *Slobogin*, Lessons From Inquisitorialism, Southern California Law Review 87 (2014), 699 (714 f.).

269 *Spencer* (Fn. 10), Int'l J HR 20 (2016), 601 (609).

270 *Kerper*, Introduction to the Criminal Justice System (Criminal Justice Series), 1972, S. 182 f.

271 *Pfeiffer*, StPO (Fn. 176), § 244 Rn. 8.

272 *Kindhäuser*, StrafProzR (Fn. 124), § 23 Rn. 67.

273 *Kindhäuser*, StrafProzR (Fn. 124), § 23 Rn. 68.

274 Vgl. § 203 StPO.

275 *Spencer* (Fn. 10), Int'l J HR 20 (2016), 601 (609); *Damaska* (Fn. 32), Zbornik PFZ 51 (2001), 477 (491 f.).

276 *Gruber/Palacios/van Kempen* (Fn. 264), S. 19; U.S. CONST. Amend. V.

277 *Fairchild/Dammer*, Comparative Criminal Justice Systems, 2001, S. 143.

278 *Finegan*, Pro Se Criminal Trials and the Merging of Inquisitorial and Adversarial Systems of Justice, Catholic University Law Review 58 (2009), 445 (446).

279 *Bilalli*, Interrogations and the Right to Remain Silent, South East European University Review 11 (2015), 69 (74 f.): sog. *Miranda Rights* aus *Miranda v. Arizona*, 348 U.S. 436 (1966).

sich jedoch auch in der deutschen Strafprozessordnung. Wird der Beschuldigte zur ersten Vernehmung geladen, so muss er gemäß § 136 Abs. 1 StPO darüber unterrichtet werden, welche Tat ihm zur Last gelegt wird (Satz 1), dass es ihm freisteht sich zur Sache zu äußern oder zu schweigen und dass er das Recht hat, bereits vor der Vernehmung einen Verteidiger zu befragen (Satz 2).[280] Dies gilt auch für alle weiteren Vernehmungen durch Staatsanwaltschaft und Polizei.[281] Da die Aufklärungspflichten in Deutschland auch dann bestehen, wenn sich der Beschuldigte nicht in Untersuchungshaft befindet, sind sie insofern weitreichender als die *Miranda Rights* in den USA.[282] Auch in der Hauptverhandlung ist der Angeklagte vom Gericht darauf hinzuweisen, dass ihm die Äußerung zur Sache freisteht.[283] Die Annahme, man könne nicht unbedingt die Aussage verweigern, liegt wohl zum einen in der Möglichkeit begründet, den Beschuldigten laden und notfalls unter Zwang vorführen zu können.[284] Zum anderen ist vorgesehen, dass der Vorsitzende in der Hauptverhandlung den Angeklagten vernimmt, sofern er dazu bereit ist.[285] Tatsächlich üben Fragen durch das urteilsprechende Organ einen größeren Druck auf den Angeklagten aus.[286] Zudem kann es ihm trotz des theoretischen Schweigerechts schaden, wenn er sich nicht zur Sache äußert.[287] Dieser größere Druck zu antworten kann daher von Juristen des anglo-amerikanischen Systems leicht dahingehend interpretiert werden, dass Rechte gegen die Selbstbelastung weniger stark ausgeprägt sind.[288] Was den Vorwurf der unbegrenzten Untersuchungshaft angeht, so ist diese in Deutschland grundsätzlich auf sechs Monate begrenzt.[289]

Allgemein ist festzuhalten, dass sich Äquivalente der *procedural fairness* im deutschen Prozessrecht wiederfinden. Zudem finden sich die gleichen Elemente in Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren). So besteht neben der Unschuldsvermutung (Abs. 2) auch das Recht auf Auskunft über Art und Grund der erhobenen Beschuldigungen (Abs. 3 lit. a), das Recht auf einen Verteidiger (Abs. 3 lit. b), sowie das Recht auf Konfrontation[290] mit dem Belastungszeugen (Abs. 3 lit. d).

IV. Auswertung und Fazit

Bezieht man das idealtypische Gegensatzpaar des inquisitorischen und adversarischen Prozesses auf den deutschen und den amerikanischen Strafprozess, so zeigen sich zwischen Ideal und Prozessrealität teilweise massive Unterschiede. Im amerikanischen Strafprozess führten *discovery rules*,[291] *exclusionary rule*,[292] Ausnahmen vom Mündlichkeitsgrundsatz[293] und die richterliche Überwachung zahlreicher Prozessregelungen[294] zur Aufweichung des adversarischen Prinzips. Im deutschen Strafprozess hingegen erfolgte durch die Abschaffung des Untersuchungsrichters[295] und durch die Regelungen über das Beweisantragsrecht,[296] Mündlichkeits- und Öffentlichkeitsgrundsatz,[297] Erklärungs- und Fragerecht[298] sowie die Beteiligung von Laienrichtern[299] ein Abrücken vom inquisitorischen Ideal. Zudem ist bezüglich außergerichtlicher Absprachen eine vergleichbare Entwicklung zu beobachten.[300] Tatsächlich finden sich in beiden Prozesssystemen zunehmend Elemente des entgegenstehenden Idealtyps.[301] Da auf inquisitorischer Seite die Vereinbarkeit von Wahrheit und Verfahrensfairness an Bedeutung gewinnt, während auf adversarischer Seite konkretere Charakteristika der Wahrheitserforschung implementiert werden, kann von einer Konvergenz der zwei Systeme ausgegangen werden.[302] Die Bezeichnungen als adversarisch oder inquisitorisch können daher lediglich ein Ideal nachzeichnen, während in der Realität die meisten Systeme auf einem breiten Spektrum zwischen den beiden Extremen anzusiedeln sind.[303]

Im Zivilprozess hingegen ergibt sich ein anderes Bild. Zunächst scheint auch hier eine Annäherung stattzufinden. So ist der US-Zivilprozess heute von eher inquisitorischen Elementen wie *pretrial discovery*,[304] *case management*[305] und der zunehmenden Bezugnahme auf Schriftsätze[306] geprägt. Dagegen finden sich im deutschen Zivilprozess solch offensichtlich adversarischen Elemente wie Dispositions- und

280 So auch *Bilalli* (Fn. 279), SEEU Review 11 (2015), 69 (72).

281 §§ 136, 163a Abs. 3 S. 1, 2, Abs. 4 StPO.

282 *Frase/Weigend* (Fn. 8), B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 18 (1995), 317 (333).

283 § 243 Abs. 5 S. 1 StPO.

284 *Frase/Weigend* (Fn. 8), B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 18 (1995), 317 (333); vgl. §§ 133, 134, 163a Abs. 3 S. 1 StPO.

285 § 243 Abs. 5 S. 2 StPO.

286 *Damaska* (Fn. 32), Zbornik PFZ 51 (2001), 477 (493).

287 *Spencer* (Fn. 10), Int'l J HR 20 (2016), 601 (610).

288 *Damaska* (Fn. 32), Zbornik PFZ 51 (2001), 477 (493).

289 *Creegan/Hatfield*, Creeping Adversarialism in Counterterrorist States, Connecticut Journal of International Law 29 (2013), 1 (6); § 121 Abs. 2 StPO.

290 *Jahn*, *Fair trial* als strafprozessuales Leitprinzip im Mehrebenensystem, ZStW 127 (2015), 549 (578).

291 Vgl. III., 1., c), aa), (1), (a).

292 Vgl. III., 1., c), bb), (1), (a).

293 Vgl. III., 1., c), bb), (1), (a).

294 Vgl. III., 1., c), bb), (1), (a).

295 Vgl. III., 1., c), aa), (2), (a).

296 Vgl. III., 1., c), bb), (2), (a).

297 Vgl. III., 1., c), bb), (2), (a).

298 Vgl. III., 1., c), bb), (2), (a).

299 Vgl. III., 1., c), cc), (2), (a).

300 Vgl. III., 2., b).

301 *Eser*, Schlussbetrachtungen, in: ders./Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness – Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht, 2004, 433 (434 f.).

302 *Jörg/Field/Brants*, in: Fennel et al. (Fn. 51), 41 (54).

303 *Harding*, in: Eser/Rabenstein (Fn. 4), 3 (4).

304 Vgl. III., 1., c), aa), (1), (b).

305 Vgl. III., 1., c), aa), (1), (b).

306 Vgl. III., 1., c), bb), (1), (b).

Verhandlungsmaxime,[307] der grundsätzlich mündliche Parteivortrag[308] und das Öffentlichkeitsprinzip.[309] Insofern führten übermäßig komplexe Verfahren in den USA dazu, dass dort inzwischen einige Aspekte in den Zivilprozess Einzug erhalten haben, die stark an den deutschen Zivilprozess erinnern.[310] Bemerkenswerterweise ergeben sich Ähnlichkeiten mit adversarischen Elementen auf deutscher Seite jedoch nicht aus einer konvergenten Entwicklung. Vielmehr wurde dem Richter bei Einführung der Zivilprozessordnung eine deutlich weniger dominante Rolle zugesprochen, als es heute der Fall ist.[311] Die entscheidende Gestaltungsmacht lag dagegen bei den Parteien.[312] Wie im amerikanischen Zivilprozess wurde die dominante Rolle der Parteien zugunsten einer stärkeren Stellung des Richters[313] im Laufe der Zeit eingeschränkt, um z.B. taktischen Verzögerungen von Parteien entgegenzuwirken und das Verfahren effizienter zu gestalten.[314] Zudem enthielt die Vereinfachungsnovelle von 1976 eine Reihe von Beschleunigungsmaßnahmen, die den Prozess möglichst auf einen Termin konzentrieren sollten.[315] Anders als im Strafprozess ergeben sich Ähnlichkeiten somit nicht aus einer gegenseitigen Entwicklung aufeinander zu, sondern vielmehr aus einer parallelen (wenn auch unterschiedlich weit vorangeschrittenen) Verschiebung von parteilicher zu richterlicher Kontrolle. Nichtsdestotrotz obliegt heute sowohl im US-amerikanischen als auch im deutschen Zivilprozess die Einbringung der Tatsachen den Parteien, während sich die Gerichte ausschließlich auf diesen vorgegebenen Tatsachenstoff beziehen dürfen.[316] Insofern kann man beide Zivilprozesssysteme als adversarisch bezeichnen.[317] Die Bezeichnung als inquisitorisch ist bezüglich des kontinentalen Zivilprozesses hingegen gänzlich unangebracht, da sie ungerechtfertigte Assoziationen mit negativen historischen Erfahrungen wie der Inquisition hervorrufen kann.[318]

Auch im Strafprozess ist fragwürdig, inwieweit der Terminus „inquisitorisch“ einer sinnvollen Debatte nicht etwa entgegensteht. So zeigt die Untersuchung,[319] dass die Bezeichnung nur noch begrenzt zur Abbildung der Realität geeignet und zudem mit Vorurteilen[320] wie z.B. dem der Schuldvermutung beladen ist. Mit Blick auf den mittelalterlichen Inquisitionsprozess ist nachvollziehbar, dass das Adjektiv „inquisitorisch“ eine Aura von Schrecken und Misstrauen umgibt.[321] Wird es für den heutigen Prozessvergleich herangezogen, führt es vor allem in den USA häufig dazu, dass das historische kontinentaleuropäische Inquisitionsverfahren in seiner schlimmsten Form dem idealisierten US-Verfahren gegenübergestellt wird.[322] Während diese Polarisierung nichts weiter als ein rhetorisches und reißerisches Mittel zur Stimmungsmache in einer rechtlichen Debatte ist, hat es doch als „juristische Folklore“ subtilen, häufig kaum greifbaren Einfluss auch auf seriösere Betrachtungen erlangt.[323] Auch im kontinentaleuropäischen Rechtskreis wird mit dem Adjektiv zunächst der mittelalterliche Inquisitionsprozess assoziiert.[324] Zur Bezeichnung des gegenwärtigen kontinentaleuropäischen Strafprozesses hat sich hier daher teilweise der Begriff des „gemischten Systems“ durchgesetzt, während man in den USA für das eigene System „accusatorial“ weitgehend durch „adversarial“ ersetzte und für das kontinentaleuropäische zur Vermeidung der negativen Konnotation teilweise „non-adversarial“ verwandte.[325] Für den inquisitorischen Prozess findet sich außerdem „neoinquisitorisch“[326] und „instruktorisch“, was eine Präzisierung des Sinninhalts jedoch nur noch komplizierter macht.[327] Da den Termini so viele unterschiedliche Aspekte zugesprochen werden, bleibt am Ende eine große Unsicherheit darüber, was die eigentliche Essenz des Gegensatzpaares ist. Es mag daher zwar stimmen, dass Modelle schon per Definition von der Realität abweichende Karikaturen und Vereinfachungen sind, deren Konstrukt zur Bestimmung eines realen Kontexts nötig ist.[328] Um aber eine sinnvolle Prozessvergleichung vornehmen zu können, müssen zumindest die zugrunde gelegten Idealtypen im Vorfeld thematisch klar begrenzt sein.[329] Andernfalls besteht die Gefahr, innerhalb der Diskussion von unterschiedlichen Prämissen auszugehen, was einer sinnvollen wissenschaftlichen Diskussion jegliche Grundlage entzieht.[330]

307 Vgl. III., 1., c), aa), (2), (b).

308 Vgl. III., 1., c), bb), (2), (b).

309 Vgl. III., 1., c), bb), (2), (b).

310 *Langbein*, Trashing “The German Advantage“, Northwestern University Law Review 82 (1988), 762 (764).

311 *Zhao* (Fn. 59), Frontiers L. China 6 (2011), 44 (56).

312 *Gottwald*, Simplified Civil Procedure in West Germany, The American Journal of Comparative Law 31 (1983), 687 (687).

313 *Adolphsen*, ZivilProzR (Fn. 81), § 9 Rn. 2 f.

314 *Zhao* (Fn. 59), Frontiers L. China 6 (2011), 44 (56 f.).

315 *Rauscher*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. I, 5. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 85.

316 *Kötz* (Fn. 85), Duke J Comp & Int'l L 13 (2003), 61 (66 f.).

317 *Langbein* (Fn. 8), U. Chi. L. Rev. 52 (1985), 823 (824); *Kötz* (Fn. 85), Duke J Comp & Int'l L 13 (2003), 61 (67); *von Mehren*, Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules, Notre Dame Law Review 63 (2014), 609 (609 f.).

318 *Bernstein*, Whose Advantage After All?: A Comment on the Comparison of Civil Justice Systems, University of California Davis Law Review 21 (1988), 587 (588).

319 Vgl. III., 2., c).

320 *Eser*, in: ders./Rabenstein (Fn. 301), 433 (434).

321 *Damaska* (Fn. 1), U. Pa. L. Rev. 121 (1973), 506 (557 f.).

322 *Damaska* (Fn. 1), U. Pa. L. Rev. 121 (1973), 506 (569).

323 *Damaska* (Fn. 32), Zbornik PFZ 51 (2001), 477 (489).

324 *Kischel*, RVgl (Fn. 73), Rn. 140.

325 *Damaska* (Fn. 32), Zbornik PFZ 51 (2001), 477 (490).

326 *Grunewald* (Fn. 227), Alb. L. Rev. 77 (2013/2014), 1139 (1143).

327 *Billis* (Fn. 23), S. 64.

328 *Damaska* (Fn. 1), U. Pa. L. Rev. 121 (1973), 506 (577).

329 *Billis* (Fn. 23), S. 451 f.

330 So dem Sinn nach *Billis* (Fn. 23), S. 451 f.