

PETER GOTTWALD

Auf dem Weg zu einer rationalen Beweiswürdigung

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Einführung	126
II. Die deutsche Praxis	126
III. Wahrscheinlichkeit der Überzeugung?	127
IV. Der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff als Gradmesser der Überzeugung	127
V. Die Erklärung des Anscheinsbeweises	129
VI. Die Bildung einer kohärenten Geschichte	130
VII. Die Stellung tatsächlicher Vermutungen	131
VIII. Das Beweismaß	132
IX. Das Überwiegensprinzip als Regelbeweismaß	133
X. Flexibles Beweismaß der Glaubhaftmachung	134
XI. Rationalität und Common Sense bei der Beweiswürdigung	136

I. Einführung

Viele moderne Prozessordnungen kennen den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 dZPO; Art. 157 schwZPO; § 272 Abs. 1 öZPO; § 116 Abs. 1 italZPO). Einig ist man sich, dass der Richter nicht wie ein absoluter Monarch nach Gutdünken, nach seiner «conviction intime», sondern nach einer «conviction raisonnée» entscheiden muss. Aber was bedeutet das tatsächlich? Auch die neue, unter maßgeblicher Mitwirkung von THOMAS SUTTER-SOMM entstandene Schweizer ZPO von 2008 enthält sich insoweit einer näheren Festlegung. Weiterführende Analysen bietet insoweit aber die St. Galler Habilitationsschrift von MARK SCHWEIZER.¹ Mit ihren Thesen wollen sich die nachfolgenden Überlegungen auseinandersetzen.

II. Die deutsche Praxis

In Deutschland hat sich die Praxis insoweit allgemein der Formulierung des BGH aus dem Anastasia-Fall angeschlossen. *«Der Richter darf und muss sich (...) in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. Das wird allerdings vielfach (...) so ausgedrückt, dass das Gericht sich mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit begnügen dürfe; das ist falsch, falls damit vom Erlangen einer eigenen Überzeugung des Richters von der Wahrheit abgesehen werden sollte.»*² Erforderlich sind also zweierlei: Einerseits die persönliche Überzeugung, andererseits der auf Erfahrung beruhende «praktische Grad an Gewissheit».³ Wie sich beides zueinander verhält, ist keineswegs geklärt. Manche betonen, dass ein bloßes «Für-wahrscheinlich-halten» nicht genüge; erforderlich sei eben die volle Überzeugung (Gewissheit) des Richters.⁴ Für eine behauptete Tatsache muss deshalb nach h.M. eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit sprechen, damit sie der Richter für wahr erachten dürfe.⁵ Dazu sei erforderlich, dass der Richter zu 90 – 95 % überzeugt sei.⁶

1 MARK SCHWEIZER, Beweiswürdigung und Beweismaß – Rationalität und Intuition, Tübingen 2015.

2 BGHZ 53, 245, 256 (Rz. 72) = NJW 1970, 946 (948).

3 Für die Schweiz HASENBÖHLER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. Art. 157 ZPO N 11.

4 ULRICH FOERSTE, in: HANS-JOACHIM MUSIELAK/WOLFGANG VOIT (Hrsg.), Zivilprozessordnung: ZPO, 12. Aufl., München 2015, § 286 N 18.

5 HANS-WILLI LAUMEN, in: HANNS PRÜTTING/MARKUS GEHRLEIN (Hrsg.), ZPO Kommentar, 6. Aufl., Köln 2014, § 286 Rz. 21; ähnlich WALTER RECHBERGER, ZPO, 1994, Vor § 266 N 5.

6 CHRISTOPH PAULUS, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Berlin 2010, N 431; ISABELLA BERGER-STEINER, Das Beweismaß im Privatrecht, Bern 2008, Rz. 06.69 («Schwellenwert von 90%»); gar BIANCA FUCHS, Das Beweismaß im Arzthaftungsprozess, Frankfurt a.M. 2005, S. 80, 85 (Regelbeweismaß bei 99,8 %).

III. Wahrscheinlichkeit der Überzeugung?

Aber was bedeutet in diesem Kontext der Begriff «Wahrscheinlichkeit» und worauf beziehen sich die Prozentzahlen? Um eine (objektive) statistische Wahrscheinlichkeit kann es sich nicht handeln, da es prinzipiell eine solche Wahrscheinlichkeit für den Einzelfall nicht gibt.⁷ Entspricht der zu entscheidende Fall in der Regel keinem typischen Fall, für den es statistische Durchschnittswerte überhaupt geben würde, kann es nur um einen subjektiven Grad des «Für-wahr-haltens» gehen. Diesen kann man nun gewiss in Prozentwerten ausdrücken. Hiergegen hatte auch ich eingewandt, solche Zahlen seien letztlich frei gegriffen und täuschten nur eine trügerische Scheingenauigkeit vor.⁸ Auch wer weniger kritisch ist, muss konzedieren, dass in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle die Wahrscheinlichkeit in diesem Sinne nicht exakt gemessen werden kann; hohe Wahrscheinlichkeitswerte müssten aber erreicht werden.⁹ Die Argumentation mit der fehlenden exakten Bestimmbarkeit, aber auch mit der leichten Verwechselbarkeit mit einer statistischen Größe ist im deutschen Schrifttum aufgenommen worden, so dass hier fast nur allgemeine Beschreibungen über hohe Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad zu finden sind.¹⁰

IV. Der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff als Gradmesser der Überzeugung

Diese Diskussion versucht MARK SCHWEIZER mit seiner St. Gallerer Habilitationsschrift durch kenntnisreiche Verarbeitung der modernen Logik und Wissenschaftstheorie voranzubringen. Er geht im Ansatz von der *Korrespondenztheorie der Wahrheit* aus. Wahr ist danach eine Aussage, wenn sie mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Eine in sich widerspruchsfreie Darstellung könne durchaus falsch sein, aber Kohärenz sei immerhin ein wesentliches und grundsätzlich hinreichendes Indiz für die Wahrheit.¹¹ Da rein deduktive Schlüsse aus vorhandenen Beweisindizien häufig nicht weiter helfen, zeigt SCHWEIZER, dass eine informationserweiternde Logik des induktiven Schließens erforderlich und nützlich sei. Diese könne zwar nicht garantieren, dass eine Schlussfolgerung wahr sei, aber immerhin die Kohärenz der Argumentation. Den Axiomen dieser Wahr-

7 SCHWEIZER (Fn. 1), S. 37, 45.

8 JOHANN BRAUN, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Tübingen 2014, § 47 I 5 (S. 739); ähnlich bereits PETER GOTTWALD, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979, S. 204.

9 So HANS-JOACHIM MUSIELAK, Die Schwierigkeit, einen Kausalbeweis zu führen, in: JENS ADOLPHSEN ET AL. (Hrsg.), Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 465, 473.

10 Vgl. nur HELMUT WEBER, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, Tübingen 1997, S. 176, 256 (einfaches Übergewicht, «subjektiv-persönliche Gewißheit»); FOERSTE (Fn. 4), § 286 N 18 («volle Überzeugung (Gewißheit) erforderlich»); HANNS PRÜTTING, in: WOLFGANG KRÜGER/THOMAS RAUSCHER (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., München 2013, § 286 N 35 («hohe Anforderungen an die richterliche Überzeugung»).

11 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 30 f.

scheinlichkeitstheorie müsse auch die richterliche Überzeugungsbildung genügen.¹² Wichtig ist aus meiner Sicht die Klarstellung, dass beide, der *Alltagsbegriff der Wahrscheinlichkeit* und der *subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff* für Zwecke der Beweiswürdigung gleichgesetzt werden können und gleichermaßen einen gewissen Grad der Überzeugung ausdrücken.¹³ SCHWEIZER meint nun, es sei durchaus sinnvoll, diesen Grad der Überzeugung genau festzulegen. Denn sonst könne nicht überprüft werden, ob Teilüberzeugungen wirklich kohärent seien und ob vorläufige Überzeugungen im Laufe eines Beweisverfahrens bzw. Lernprozesses hinreichend geändert worden seien.¹⁴ Jedenfalls könne man auf diese Weise überprüfen, ob subjektive Annahmen mit anderen Annahmen konsistent verknüpft werden können bzw. worden seien.¹⁵ Die dazu nötige rechnerische Fähigkeit vorausgesetzt kann man sicherlich erreichen, dass einzelne Beweisindizien, die insgesamt für die Überzeugungsbildung erforderlich sind, kohärent gewürdigt werden. Das ist zweifellos ein erheblicher Fortschritt. Damit ist aber nicht garantiert, dass die Überzeugungsgrade selbst sinnvoll gewählt waren und die resultierende Feststellung möglich und richtig ist.¹⁶

Auch hilft der Ansatz sicher nicht in allen Fällen. Hängt die Entscheidung eines größeren Kaskoschadensfalles davon ab, ob der Versicherungsvertreter mündlich eine wirksame vorläufige unentgeltliche Deckungszusage erteilt hat oder nicht, so kann man gewiss alle denkbaren Beweisindizien für die Glaubwürdigkeit einer bejahenden oder verneinenden Zeugenaussage abwägen, die Entscheidung, ob man die Aussage glaubt oder nicht, ist damit aber kaum determiniert. Da das Gesetz nach wie vor die Leistung des Eides als Mittel zur Erzielung einer besseren Glaubwürdigkeit ansieht, muss in solchen Fällen auch dann eine positive Überzeugungsbildung zulässig sein, wenn die sonstigen Indizien kein eindeutiges Übergewicht für eine positive oder negative Feststellung ergeben. Schweizer sieht diese Einwände durchaus, hält aber daran fest, dass unter Berücksichtigung der Axiome der Wahrscheinlichkeitstheorie jedenfalls Inkohärenzen aufgedeckt und dadurch im Ergebnis Tatsachenfeststellungen exakter als bei einer rein intuitiven Methode getätigt werden können.¹⁷

12 SCHWEIZER (Fn. 1), S. 89, 125 ff.

13 SCHWEIZER (Fn. 1), S. 98; für den Strafprozess bereits ANDREAS GEIPEL, Die Notwendigkeit der Objektivierung der Beweiswürdigung und Vorschläge zu ihrer Durchführung, Münster 2008, S. 192 ff., 285 ff. Ablehn. dagegen noch GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, Das Beweismaß im deutschen Zivilprozeß, in: WALTER J. HABSCHIED/KOSTAS E. BEYS (Hrsg.), Grundfragen des Zivilprozeßrechts: Die internationale Dimension, Bielefeld 1991, S. 539, 547; MICHAEL HUBER, Das Beweismaß im Zivilprozess, Köln 1983, S. 97; GOTTWALD (Fn. 8), S. 191.

14 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 104, 108.

15 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 119.

16 Ablehnend deshalb WEBER (Fn. 10), S. 152.

17 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 130.

V. Die Erklärung des Anscheinsbeweises

Die Anwendung der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie, insbesondere des *Satzes von Bayes*¹⁸ führt nach Ansicht von SCHWEIZER auch zu einer überzeugenden *Erklärung des Anscheinsbeweises*.¹⁹

a) Ein Erfahrungssatz, der Grundlage des Anscheinsbeweises ist, begründet nach seiner Analyse die anfängliche Überzeugung dafür, dass die Tatsachenbehauptungen der beweisbelasteten Partei wahr sind. Wenn diese subjektive Anfangswahrscheinlichkeit bereits das gesetzliche Beweismaß erreiche, erübrige sich ein weiterer Beweis zur Stützung der Tatsachenbehauptung des Klägers.²⁰ Aus diesem Verständnis des Anscheinsbeweises folgt, dass er einen besonders plausiblen Geschehensablauf voraussetzt, der per se die Beweismaßgrenze der vollen Überzeugung erreicht. Akzeptiere man dies, so sei es nicht berechtigt, einen Anscheinsbeweis bei grober Fahrlässigkeit und bei individuellen Willensentschlüssen grundsätzlich abzulehnen. Auch in diesen Fällen könne man aufgrund der Lebenserfahrung von bestimmten Vorkommnissen auf das eingetretene Ereignis bzw. eine Ursache schließen.²¹

b) Die konsequente Anwendung der Konzeption der subjektiven Wahrscheinlichkeit auf die Beweiswürdigung bestätigt auch die schon von KARL HEINZ SCHWAB klar vertretene Ansicht, der für die Praxis so bedeutende Anscheinsbeweis sei kein besonderes Institut, sondern konsequente freie Beweiswürdigung unter Beachtung der Sätze der Lebenserfahrung.²² Weder führt die Anwendung überzeugenden Erfahrungswissens zu einer Modifikation des materiellen Haftungsrechts bzw. zu neuen parallelen Haftungstatbeständen²³ noch zu einer Absenkung des gesetzlichen Beweismaßes.²⁴ Wenn bereits die allgemeine Lebenserfahrung für die eine oder andere Partei streitet, wird selbstverständ-

18 Hierfür auch ELEONORA BOURMISTROV-JÜTTNER, *Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie und rationale Entscheidungstheorie in Anwendung auf die Rechtspraxis*, (phil.) Diss. München 1987, S. 283 ff. (angewandt auf Strafrechtsfälle); ablehn. dagegen MICHELE TAUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, *American Journal of Comparative Law* 51/2003, S. 659.

19 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 171.

20 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 177.

21 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 181.

22 So bereits LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 14. Aufl., München 1986, § 114 II 1 (S. 693); ebenso LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München 2010, § 113 N 16.

23 So aber REINHARD GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Diss. Erlangen 1978, S. 179 ff.; DERS., in: RICHARD ZÖLLER, *ZPO*, 30. Aufl., Köln 2014, vor § 284 N 29 a.

24 So DIETER LEIPOLD, in: STEIN/JONAS, *ZPO*, 22. Aufl., Tübingen 2013, § 286 N 133; INGO SAENGER, in: *Hk-ZPO*, 5. Aufl., Baden-Baden 2013, § 286 N 14, 39; wohl auch BRAUN (Fn. 8), § 47 II 1 (S. 741); auch FOERSTE (Fn. 4), § 286 N 24.

lich deren praktische Beweisführungslast erleichtert, das zur Überzeugungsbildung nötige Beweismaß wird aber nicht gesenkt.²⁵

c) Gegen die Einordnung des Anscheinsbeweises als Teil der Beweiswürdigung wird eingewandt, die Regeln des Anscheinsbeweises würden vom Revisionsgericht überprüft und dies sei mit der Freiheit von Beweisregeln nach § 286 ZPO nicht vereinbar.²⁶ Aber diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Bei der Revisionskontrolle des Anscheinsbeweises geht es nicht um die Beachtung nicht vorhandener gesetzlicher Beweisregeln, sondern darum, ob die immanenten Grenzen rationaler Beweiswürdigung eingehalten sind. Insofern ist es gerechtfertigt, dass das Revisionsgericht überprüft, ob der der Entscheidung zugrunde liegende Lebenssachverhalt so plausibel ist, dass er ohne Abnahme weiterer Beweise die volle Überzeugung für ihre Wahrheit begründet. Nur auf diese Weise lässt sich Rechtsgleichheit sicherstellen.²⁷ Anders ausgedrückt: Da der Richter in seiner Überzeugungsbildung nicht frei ist, sondern an die Lebenserfahrung gebunden ist, müssen seine Überzeugungen den Axiomen der Wahrscheinlichkeitstheorie genügen.²⁸

VI. Die Bildung einer kohärenten Geschichte

Die Ordnung von Beweisindizien in einem *Bayes-Netz* vermeidet widersprüchliche Annahmen und trägt jedenfalls modellhaft zu einer *kohärenten Sachverhaltsdarstellung* bei, oder anders ausgedrückt, der Richter versucht aus allen ihm vorliegenden Informationen eine in sich stimmige «Geschichte» zu formen.

a) Es leuchtet ein, dass eine solche Geschichte umso überzeugender ist, je mehr Beweisindizien sich ohne Bruch in die «Geschichte» einfügen. Bei dem Versuch, aus dem Vortrag der Parteien, den Beweismitteln und den Alltagserfahrungen eine Geschichte zu konstruieren, können natürlich Fehler unterlaufen. Bestimmte Indizien können übersehen oder zu stark gewichtet werden. Fehlende Informationen werden unreflektiert ergänzt, so dass am Ende ein falsches Ergebnis entsteht.²⁹ Dies ist sicherlich das allgemeine Risiko eines Urteilers, dass seine Schlüsse nicht zwingend sind, sondern nur einem im praktischen Leben brauchbaren Grad von Sicherheit entsprechen.

b) Tatsächlich kann der Wille, eine kohärente Geschichte zu erstellen, aber auch aus anderen Gründen zu Fehlern führen. In einer Klage werden Tatsachen ja in Bezug auf eine bestimmte Rechtsfolge behauptet. Der mit dem Fall konfrontierte Richter wird daher im Eigeninteresse versuchen, den Fall möglichst «einfach», d.h. ohne Beweisaufnahme zu er-

25 So zu Recht HANS-JÜRGEN AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Köln 2015, Kap. 16 Rz. 12 ff.; LAUMEN (Fn. 5), § 286 N 26; Münchener Kommentar zur ZPO/PRÜTTING (Fn. 10), § 286 N 45; MORITZ BRINKMANN, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Köln 2005, S. 56 (aber unter Zugrundelegung eines flexiblen Beweismaßes).

26 So GREGER (Fn. 23), vor § 284 N 29 a.

27 SCHWEIZER (Fn. 1), S. 185.

28 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 251.

29 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 284.

ledigen. Er kann daher geneigt sein, den Sachverhalt in einer bestimmten Weise zu interpretieren, die eine schnelle Subsumtion im bejahenden oder verneinenden Sinn ermöglicht.³⁰ Diese Gefahr ist nicht zu unterschätzen.

c) Hinzu kommt ein weiteres praktisches Problem. Auch der Anwalt des Klägers und der Anwalt des Beklagten werden den Fall in der Regel bereits vor dem Prozess, ähnlich wie ein Richter, durchspielen und sich ihre «Geschichte» konstruieren. Solche Prognosen über einen möglichen Entscheidungsinhalt bzw. Prozessverlauf sind allerdings mit der Unsicherheit belastet, dass beide Parteien nicht wissen, welche Lebenserfahrung der zur Entscheidung berufende Richter hat, d.h. im Sinne der Wahrscheinlichkeitstheorie, welche Anfangswahrscheinlichkeit die Klage bzw. die Klageerwiderung beim Richter auslöst.

VII. Die Stellung tatsächlicher Vermutungen

In der deutschen Literatur befinden sich zahlreiche Stellungnahmen, die sich kritisch zur *Verwendung tatsächlicher Vermutungen* bei der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung äußern.

a) In der Rechtsprechung werden solche Vermutungen sehr häufig verwendet. Hält man daran fest, dass die Beweislast rechtssatzmäßig festgelegt wird, so ändern tatsächliche Vermutungen nichts an der Beweislastverteilung; sie sind nichts anderes als Erfahrungssätze des Lebens, die in gleicher Weise wie Erfahrungssätze bei der Anwendung des Anscheinsbeweises wirken.³¹ MARK SCHWEIZER bringt dies auf die griffige Formel: «*Zu sagen, dass ein sicherer Erfahrungssatz bestehe oder dass eine natürliche Vermutung bestehe, ist (...) nur unterschiedlicher Ausdruck des gleichen Sachverhalts.*»³²

b) Fragt man, worauf tatsächliche Vermutungen aufbauen, so kann man auf unterschiedliche sichere Grundlagen stoßen: Auf fundierte Lehren von Physik oder Chemie, auf Statistik, andere empirische Daten, die Lebenserfahrung der Richter, allgemeines Wissen und schließlich Alltagstheorien. Eine Alltagstheorie kann wahr sein, aber auch lediglich auf einem Vorurteil beruhen, das in einem bestimmten kulturellen oder politischen Umfeld gepflegt wird. Dennoch: Ein Richter kann sich bei der Tatsachenfeststellung im Rahmen eines Prozesses nicht aus seiner Umwelt ausblenden. «*Es ist schlicht unvermeidbar, dass der Richter bei der Beweiswürdigung auf Alltagswissen zurückgreift. Urteilen ist ohne Vorurteil nicht möglich; zu komplex ist unsere Umwelt, um ohne Schemata und Kategorien verständlich zu sein.*»³³ Dem ist kaum etwas hinzuzufügen. «*Sober as a judge*» sollte der

30 Zum «Hin- und Herwandern des Blickes» s. nur KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Berlin 1969, S. 237. Zu anderen Taktiken der Beweisvermeidung s. KEVIN CLERMONT/EMILY SHERWIN, *A comparative view of standards of proof*, *American Journal of Comparative Law* 50/2002, S. 243, 265.

31 Ebenso BGH NJW 2010, 363 (Rz. 15); HERBERT ROTH, *Die «tatsächliche Vermutung» im Zivilprozess*, in: SEVILAY UZUNALLI (Hrsg.), *Festschrift für Prof. Dr. Hakan Izmir* 2015, Bd. 1, S. 329, 342 f.

32 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 376.

33 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 383.

Richter aber bereit sein, seine «Vorurteile», soweit nötig, zu überprüfen und zu kontrollieren.

VIII. Das Beweismaß

Wenn der Richter nun im Sinne dieser subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie den unstreitigen Parteivortrag beachtet, alle sich daraus ergebenden Indizien widerspruchsfrei ordnet, alles generelle Erfahrungswissen, seine persönliche Erfahrung und alle im Gerichtsbezirk üblichen Alltagstheorien berücksichtigt, bleibt dennoch die Frage, wann er zum Schluss kommen darf: jetzt bin ich (positiv oder negativ) überzeugt.

a) Bei einer endgültigen Entscheidung kann die Antwort mit «ja» sinnvollerweise nur erfolgen, wenn aus der Sicht des Urteilers mehr für als gegen die Behauptung spricht, die subjektive Wahrscheinlichkeit also über 0,5 liegt. Die Frage ist aber, wo liegt sie tatsächlich? Liegt sie näher bei 1, etwa bei 0,9, bei 0,51 oder eher dazwischen, bei etwa 0,75? Ist das Beweismaß kraft Gesetzes auf einen bestimmten Überzeugungsgrad fixiert, gibt es zwar ein (hohes) Regelbeweismaß, wird dieses aber durch nicht wenige Beweismaßsenkungen ergänzt³⁴ oder ist es letztlich flexibel in Relation zu den Umständen des Einzelfalles³⁵? Alle diese Ansichten werden in der Literatur vertreten.

b) Verbal folgt die Praxis wohl dem traditionellen Modell eines hohen, an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeitsgrades der «vollen Überzeugung». SCHWEIZER zeigt aber anhand von Umfragen unter Gerichtsangehörigen der Kantone Bern und Zürich und in der deutschen allgemeinen Bevölkerung, dass der durchschnittliche Überzeugungsgrad für Stattgabe oder Abweisung einer Klage weder in der Bevölkerung noch bei Gerichtsangehörigen bei 90 % oder höher liegt, sondern eher bei einem Wert von 76 bzw. 66 %.³⁶ Er vergleicht seine Ergebnisse mit einer in Israel durchgeführten Studie, bei der eine vergleichbare Entscheidungsgrenze von rund 70 % für israelische Prozessanwälte herausgefunden wurde, obgleich das Beweismaß in Israel entsprechend dem common law bei 50 % liege. Schweizer schließt daraus, dass es eine «natürliche» Entscheidungsgrenze gibt, die weitgehend unbeeinflusst ist von dem Beweismaß, das das jeweilige Rechtssystem theoretisch verlangt.³⁷

34 So die h.M. in Deutschland (s. HANNS PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München 1983, S. 75 ff., 84) und in der Schweiz (s. THOMAS SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Zürich 2012, Rz. 899). Zu Recht weist SCHWEIZER darauf hin, dass sich mit jeder Beweismaßsenkung für eine Einzeltatsache die Gesamtwahrscheinlichkeit vermindert.

35 Hierfür GOTTWALD (Fn. 8), S. 208; BRINKMANN (Fn. 22), S. 61 ff.; HELMUT RÜSSMANN, in: *Alternativkommentar zur ZPO*, Neuwied 1987, § 286 N. 20; DERS., *Das flexible Beweismaß – eine juristische Entdeckung*, in: FS Gottwald (Fn. 9), S. 539; rechtsvergleichend auch MICHELE TARUFFO, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI Civil Procedure, Leiden/Boston 2010, Evidence Chapter 7–92.

36 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 576 ff., 586.

37 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 592.

IX. Das Überwiegensprinzip als Regelbeweismaß

Ungeachtet dieser Feststellung schließt sich SCHWEIZER keiner der bisher vertretenen Lehren voll an, sondern entwickelt ein eigenes Beweismaßmodell.

a) Für Hauptverfahren, bei denen der Richter Tatsachen nach seiner Überzeugung endgültig feststellen soll, folgt Schweizer letztlich der Lehre vom «preponderance of evidence» des *common law*. Dessen Geltung leitet er aus dem Prozesszweck des subjektiven Rechtsschutzes ab. Dieser Zweck werde nur durch ein richtiges Urteil erreicht. Verfehlt werde er aber gleichermaßen, wenn eine Klage abgewiesen werde, obwohl der Anspruch objektiv besteht, oder wenn der Klage stattgegeben wird, obwohl der Anspruch objektiv nicht besteht. Damit weder der eine noch der andere Fehler begangen wird, müsse der Sachverhalt wirklichkeitsgetreu rekonstruiert werden. Da die «Kosten» eines Fehlers der einen oder anderen Art prinzipiell gleich hoch seien, folge daraus für das Beweismaß, dass auf die überwiegende Überzeugung abzustellen sei. Der Richter habe den Sachverhalt seinem Urteil zugrunde zu legen, den er eher für wahr hält.³⁸

b) Allerdings bezieht SCHWEIZER diesen Überzeugungsgrad auf die Gesamtheit der anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen und weicht damit jedenfalls für das deutsche Recht von § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO ab, wonach sich die Überzeugung ausdrücklich darauf bezieht, «*ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei*».³⁹ Schweizer meint, wenn mehrere Tatsachenbehauptungen streitig seien, müsse am Ende ein Gesamtübergewicht für die eine oder andere Partei bestehen. Dafür müsse dann ggf. die einzelne Behauptung zur vollen Überzeugung des Gerichts mit einem Überzeugungsgrad von über 90 % wahr sein. Nur dann könne die Gesamtüberzeugung, dass alle Tatsachenbehauptungen wahr sind, 50 % übersteigen.⁴⁰

Richtig an dieser Argumentation ist sicher, dass die Ex ante-Wahrscheinlichkeit, dass eine Klage begründet ist, sinkt, wenn mehrere voneinander unabhängige Tatsachen streitig sind. Berechnet man den Gesamtüberzeugungsgrad nach dem Multiplikationsprinzip⁴¹ als Produkt aus den einzelnen Überzeugungsgraden ($0,5 \times 0,5$ ist nur 0,25), so gelangt man freilich selbst bei einem 90 %igen subjektiven Überzeugungsgrad für alle Einzel-tatsachen bei hinreichend vielen streitigen Tatsachen unter die magische 50 %-Grenze.⁴² SCHWEIZER glaubt, er könne dieses Problem mit einer salomonischen Formulierung lösen: «*Bezogen auf die Gesamtwahrscheinlichkeit des Vorliegens aller Tatbestandsmerkmale verlangt die herrschende Lehre häufig gar nicht viel mehr als die Lehre von der überwiegenden Überzeugung. Und sie verkennet, dass die Gesamtwahrscheinlichkeit selbst bei einer hohen Wahrscheinlichkeit eines jeden Merkmals unter die 50 %-Grenze sinken kann.*»⁴³

38 SCHWEIZER (Fn. 1), S. 486, 489.

39 Ebenso § 272 Abs. 1 öZPO.

40 SCHWEIZER (Fn. 1), S. 489.

41 BOURMISTROV-JÜTTNER (Fn. 18), S. 172.

42 So auch SCHWEIZER (Fn. 1), S. 503.

43 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 503/4.

c) Im Ergebnis zeigt sich damit freilich, dass die 50 %-Grenze verstanden als Gesamtüberzeugungsgrad nicht in jedem Fall eingehalten werden und dann auch nicht gelten kann. Gewiss sind in den meisten Fällen nur wenige voneinander unabhängige Tatbestandsmerkmale tatsächlich streitig. Es muss aber zumindest objektiv möglich sein, einen Anspruch auch dann durchzusetzen, wenn der Gegner eine große Anzahl tatsächlicher Anspruchsvoraussetzungen bestreitet. Selbst wenn die Beweisaufnahme in einem solchen Fall hinsichtlich sämtlicher Punkte zur «vollen Überzeugung» des Gerichts ausginge, man also für jede streitige Tatsache einen Überzeugungsgrad von 95 % ansetzen würde, würde man selbst dann rein rechnerisch zu einer Gesamtquote unter 50 % gelangen und müsste die Klage abweisen. Dies kann sicherlich nicht richtig sein.

d) Die Argumentation von SCHWEIZER zeigt zudem, dass der Überzeugungsgrad für die Feststellung einer einzelnen Tatsache nach seiner Lehre von der Gesamtwahrscheinlichkeit unterschiedlich groß sein kann und muss, je mehr oder je weniger Tatsachen streitig sind. Ist nur eine Tatsache streitig, so müsste nur ein Überzeugungsgrad von leicht über 50 % erreicht werden, um die Gesamtwahrscheinlichkeit zu erzielen. Bei zwei streitigen Tatsachen müsste der Überzeugungsgrad für die einzelne, streitige Tatsache bereits 0,71 betragen, bei drei streitigen Tatsachen 0,81, bei vier streitigen Tatsachen 0,85 und so fort. Bezogen auf die einzelne Tatsachenfeststellung ergibt sich daraus aber sinngemäß gerade ein flexibles Beweismaß.

e) Bei der bloßen Anwendung der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie bleibt auch unberücksichtigt, dass ein Kläger auch im *common law*-Verfahren nicht bereits gewinnt, wenn seine Falldarstellung wahrscheinlicher ist als die des Gegners. Auch hier muss er das Gericht davon überzeugen, dass seine Falldarstellung glaubwürdig ist⁴⁴ und dieses Merkmal entzieht sich wieder einer genaueren Quantifizierung.

f) Zu Recht legt SCHWEIZER dar, das Überwiegensprinzip sei durchaus mit dem Wortlaut von § 286 dZPO und Art. 157 schwZPO vereinbar. Denn Überzeugung kann ja nicht mit Wahrheit gleichgesetzt werden, sondern reflektiert eben einen mehr oder weniger sicheren Glauben daran, dass sie der Wahrheit entspricht. Dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich ein bestimmter Grad der Überzeugung gerade nicht entnehmen. Dass die Lehre von überwiegendem Überzeugungsgrad mit dem materiellen Recht in Einklang steht und Beweislastregeln nicht überflüssig machen, ist schon von anderen Autoren mehrfach dargelegt worden. Beides soll deshalb hier nicht weiter vertieft werden.

X. Flexibles Beweismaß der Glaubhaftmachung

Von den Fällen der Beweismaßsenkung behandelt Schweizer am Ende seiner Arbeit nur einen, nämlich die *Glaubhaftmachung*. Die herrschende Meinung in Deutschland versteht Glaubhaftmachung durchaus als einen Fall voller Überzeugungsbildung, freilich an-

⁴⁴ Vgl. ADRIAN ZUCKERMAN, *On Civil Procedure*, 2. Aufl., London 2006, Rz. 21.50.

hand eines präsenten oder gesetzlich begrenzten Beweismaterials.⁴⁵ Hieraus folgt jedenfalls nach weitgehend allgemeinem Verständnis, dass auf dieser begrenzten Grundlage der Überzeugungsgrad von 50 % überschritten sein muss, weil sonst eine Behauptung eben nicht «glaubhaft» sei.⁴⁶

a) SCHWEIZER meint dagegen, Glaubhaftmachung sei ein Minus zum Regelbeweismaß. Wenn dieses einen Überzeugungsgrad von mehr als 50 % verlange, so könne die Glaubhaftmachung auch bei subjektiven Wahrscheinlichkeiten unter 50 % gegeben sein.⁴⁷ Das *Beweismaß der Glaubhaftmachung* könne gar nicht fest umschrieben werden, sondern müsse im konkreten Fall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Rechtspositionen *flexibel* festgelegt werden. Werde eine Leistungsverfügung oder eine Regelungsverfügung beantragt, so führe deren Gewährung jedenfalls de facto zu endgültigen Wirkungen. Im Hinblick auf die «Kosten» einer fehlerhaften Entscheidung dürfe sich das Beweismaß nicht vom Regelbeweismaß unterscheiden.⁴⁸ Bei bloßen Sicherungsverfügungen könne dagegen bereits eine Wahrscheinlichkeit des Verfügungsanspruchs von weniger als 50 % die Anordnung rechtfertigen.⁴⁹ Auch bei der Geltendmachung von Gründen für die Ablehnung eines Richter genüge es, den Ablehnungsgrund mit einem Überzeugungsgrad von deutlich weniger als 50 % darzulegen.⁵⁰ SCHWEIZER meint, Beweismaßabsenkungen wie bei der Glaubhaftmachung ließen sich zwanglos mit dem Regelbeweismaß vereinbaren.

b) Im Modell sind diese Thesen kaum zu widerlegen. Dennoch lassen diese Ausführungen Fragen offen. SCHWEIZER geht nicht auf den zahlenmäßig wohl häufigsten Fall der Glaubhaftmachung ein, nämlich die Wiedereinsetzung bei einer schuldlosen Fristversäumung (s. § 236 Abs. 2 S. 1 dZPO; Art. 149 Abs. 1 schwZPO). Hierzu hat der BGH entschieden, dass die anwaltliche Versicherung eines Fehlverhaltens einer Angestellten, das dem Anwalt nicht zuzurechnen sei, ausreiche, um den unverschuldeten Fehler glaubhaft zu machen; nicht erforderlich sei insoweit, Gründe darzulegen, die das Versehen plausibel erklären könnten.⁵¹ Verallgemeinert man diese Entscheidung, so folgt daraus wohl, dass zumindest bei Wiedereinsetzungsanträgen eine Glaubhaftmachung nicht eine überwiegende Überzeugung im Sinne einer umfassenden Berücksichtigung einer Lebenswahrscheinlichkeit bedeutet. Gefragt ist nur: Wird ein unverschuldetes Verhalten in der gesetzlich zulässigen Weise nachgewiesen; nicht mehr. Ob eine anwaltliche Versicherung

45 So DIETER LEIPOLD, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971, S. 66, 98; auch GOTTWALD (Fn. 8), S. 217.

46 So deutlich HUBER (Fn. 4), § 294 N 3; LEIPOLD (Fn. 21), § 294 N 7; BERGER-STEINER (Fn. 6), Rz. 06.146; wohl auch BGHZ 156, 139 (Rz. 8) = NJW 2003, 3558.

47 SCHWEIZER (Fn. 1), S. 550.

48 So SCHWEIZER (Fn. 1), S. 569; ebenso bereits INGE SCHERER, Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung, Köln 1996, S. 92.

49 SCHWEIZER (Fn. 1), S. 569.

50 SCHWEIZER (Fn. 1), S. 570.

51 BGH FamRZ 2005, 267; MATHIAS GRANDEL, in: MUSIELAK/VOIT (Fn. 4), § 236 Rn 5.

aber ein solches Verhalten darlegt, muss der entscheidende Richter doch wohl für mehr wahrscheinlich halten, als das Gegenteil, sonst könnte er davon wohl nicht ausgehen. Übertragen auf das generelle Beweismaß der Glaubhaftmachung folgt daraus nach meiner Ansicht: Der Richter, der aufgrund des Vortrags der Parteien und des vorgelegten Beweismaterials der Ansicht ist, dass mehr für das Gegenteil als für den Antrag spricht, kann ihm unmöglich stattgeben. Verlangt wird in den Fällen der Glaubhaftmachung aber keine endgültige Überzeugung, sondern eine vorläufige Überzeugung aufgrund eines begrenzten Beweismaterials.⁵²

XI. Rationalität und Common Sense bei der Beweiswürdigung

Warum Überlegungen, die beim einstweiligen Rechtsschutz zu einem variablen Beweismaß führen, im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens irrelevant sein sollen, legt SCHWEIZER nicht dar. Auch führt er nicht aus, wie man sich das Regelbeweismaß erklären soll, wenn die Schadensschätzung, wie in nicht wenigen Staaten, im Rahmen der allgemeinen Beweiswürdigung erfolgt, oder ob dann nicht doch eine Beweismaßsenkung, etwa im materiellen Recht oder kraft Richterrechts, erforderlich ist. Wenn man etwa über den Schadensersatzanspruch eines schwerverletzten Jugendlichen mit Dauerschaden entscheiden und mit einem Überzeugungsgrad von mehr als 50% befinden soll, welche hypothetische berufliche Stellung der Jugendliche am Ende seines Berufslebens ohne Unfall erlangt hätte und welcher finanzielle Schaden ihm deshalb entstanden ist, so drängt sich doch zwangsläufig die Idee auf, dass der Überzeugungsgrad jeweils nur relativ im Hinblick auf den Sachverhalt und die danach generell denkbaren Beweismöglichkeiten beurteilt werden kann. Kurz gesagt, bei aller möglichen und gebotenen Rationalität ist ohne ein gewisses Quantum an Common Sense oder Intuition bei der «freien» Beweiswürdigung nicht auszukommen.

52 Nach einer vollständigen Sachaufklärung kann es sich durchaus erweisen, dass der glaubhaft gemachte Sachverhalt nicht der Wahrheit entsprach.