

Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler 2015

## **Einheit der Prozessrechtswissenschaft?**



# Einheit der Prozessrechtswissenschaft?

Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am  
18./19. September 2015 in Köln

herausgegeben von

Daniel Effer-Uhe  
Elisa Hoven  
Simon Kempny  
Luna Rösinger

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

ISBN 978-3-415-05708-1

© 2016 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, [www.schaefer-buchsatz.de](http://www.schaefer-buchsatz.de) | Druck und Bindung: Gulde Druck, Hechinger Straße 264, 72072 Tübingen

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart  
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

# Einheit des Beweismaßes: Soll im Straf- und Zivilprozessrecht das gleiche Beweismaß gelten?

Mark Schweizer

<b>1. Einleitung</b>	341
<b>2. Nach herrschender Lehre und Praxis gilt im Zivil- und Strafprozessrecht das gleiche Beweismaß</b>	342
<b>3. Gute Gründe sprechen für ein unterschiedliches Beweismaß in Zivil- und Strafsachen</b>	344
3.1 Unterschiedliches Beweismaß in Zivil- und Strafsachen im Common Law	344
3.2 Entscheidungstheoretische Rechtfertigung des unterschiedlichen Beweismaßes	344
3.3 Die zu berücksichtigenden Fehlerkosten ergeben sich aus dem Prozesszweck	346
3.4 Bezugspunkt der maßgebenden Überzeugung ist die Gesamtheit der anspruchsbegründenden Tatsachen	349
<b>4. Die Auswirkungen eines tieferen Beweismaßes sind weniger groß als gemeinhin angenommen</b>	349
<b>5. Ein zivilprozessuales Beweismaß der überwiegenden Überzeugung lässt sich mit dem geltenden Recht vereinbaren</b>	352
5.1 Der Wortsinn von § 286 ZPO schließt ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung nicht aus	354
5.2 Die historische Auslegung schließt ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung nicht aus	355
5.3 Die systematische Auslegung schließt ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung nicht aus	356
5.4 Die teleologische Auslegung spricht für ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung	361

## 1. Einleitung

Dieser Beitrag untersucht, ob in Zivilsachen generell ein tieferes Beweismaß der „überwiegenden Überzeugung“ Anwendung finden soll. Die innere Begründung für ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung in Zivilsachen folgt aus der normativen Entscheidungstheorie, gemäß der sich die Entscheidungsgrenze nach den relativen Fehlerkosten bestimmt. Da diese nach hier vertretener Auffassung bei Sachurteilen in Zivilsachen symmetrisch sind, d. h. es ein ebenso schwerwiegender Fehler ist, einen bestehen-

den materiellrechtlichen Anspruch nicht zu schützen wie einen nicht bestehenden Anspruch durchzusetzen, ergibt sich ein optimales Beweismaß der überwiegenden Überzeugung für Sachverhaltsfeststellungen, die einem Sachurteil in Zivilsachen zugrunde liegen. Hingegen ist in Strafsachen weiterhin anerkannt, dass es ein schwerwiegender Fehler ist, einen Unschuldigen zu verurteilen, als einen Schuldigen freizusprechen,<sup>1</sup> weshalb es sich rechtfertigt, die Entscheidungsgrenze in Strafsachen höher anzusetzen.

Das Hauptaugenmerk des Beitrags liegt auf den Auswirkungen eines solchen Beweismaßes, die geringer sind als gemeinhin angenommen, und der Frage, ob es sich mit geltendem Recht vereinbaren lässt. Entsprechend gliedert sich der Beitrag nach der einleitenden Feststellung, dass sich das straf- und zivilprozessuale (Regel-)Beweismaß nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht unterscheiden, in eine kurze Darlegung der Gründe, die für ein tieferes Beweismaß in Zivilsachen sprechen, gefolgt von der Untersuchung der Auswirkungen eines solchen Beweismaßes, ehe sich der ausführlichste abschließende Teil der Vereinbarkeit des Beweismaßes der überwiegenden Überzeugung mit dem Gesetz widmet.

## 2. Nach herrschender Lehre und Praxis gilt im Zivil- und Strafprozessrecht das gleiche Beweismaß

Als Beweismaß wird im Folgenden der *Grad oder die Intensität der persönlichen Überzeugung* bezeichnet, die ein Richter haben muss, ehe er für die beweisbelastete Partei – respektive im Strafverfahren gegen den Angeklagten – entscheiden darf. Dies entspricht der nicht einhelligen, aber doch überwiegenden Lehre in Deutschland.<sup>2</sup>

Dieser Grad richterlicher Überzeugung wird vom Bundesgerichtshof im Zivil- und Strafprozessrecht in ständiger Rechtsprechung in leicht unterschiedlichen Formulierungen, aber im Wesentlichen gleich umschrieben. In der berühmten Anastasia-Entscheidung des BGH von 1970,<sup>3</sup> die immer

---

1 Wie viel schwerwiegender eine irrtümliche Verurteilung ist, ist allerdings hochgradig umstritten, siehe *Tribe* Harvard Law Review 84 (1971), 1329, 1379 f.; *Milanich* Law and Human Behavior 5 (1981), 87, 91; *Nagel/Lamm/Neef*, in: Sales (Hg.), The trial process, 1981, 353, 355 f.; *Volokh* University of Pennsylvania Law Review 146 (1997), 173, 175 f.; *Lillquist* U.C. Davis Law Review 36 (2002), 85, 109; *Laudan*, Truth, error, and criminal law, 2008, 63.

2 *Bender*, in: Grunsky/Stürner/Walter/Wolf (Hg.), Festschrift für Fritz Baur, 1981, 247, 250; *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast, 1989, 63; *Stichelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, 2002, 356; *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. 2007, Rz. 548; *Dammann*, Materielles Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten, 2007, 27; *Jäckel*, Das Beweisrecht der ZPO, 2009, Rz. 719; *Paulus*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2013, Rz. 431; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 478; a.M. *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978, 20.

3 BGHZ 53, 245 = BGH NJW 1970, 946.

noch Leiturteil zum Beweismaß im deutschen Zivilprozess ist,<sup>4</sup> führt der III. Zivilsenat aus, dass eine „unumstößliche Gewissheit“, ob eine Tatsachenbehauptung wahr sei, nicht verlangt werden könne, aber sich der Richter auch nicht mit einer „bloßen Wahrscheinlichkeit“ begnügen dürfe. „Der Richter darf und muss sich aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“<sup>5</sup>

Im Strafrechtprozessrecht umschreibt der Bundesgerichtshof den für eine Verurteilung in der Sache notwendigen Überzeugungsgrad des Richters mit der Formulierung, Voraussetzung für die Überzeugung des Richters von einem bestimmten Sachverhalt sei nicht eine absolute, das Gegenteil oder andere Möglichkeiten denknotwendig ausschließende Gewissheit. „Vielmehr genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt.“<sup>6</sup> Zwischen einer Gewissheit, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen, und einem Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt, lässt sich in der Sache kein Unterschied erkennen. Entsprechend wird auch in der Lehre vertreten, dass das Regelbeweismaß im Zivil- und Strafprozess in Deutschland dasselbe sei.<sup>7</sup> Richtig ist natürlich, dass das Zivilprozessrecht<sup>8</sup> zahlreiche Ausnahmen vom Regelbeweismaß macht,<sup>9</sup> während das Strafprozessrecht für Verurteilungen nur ein einziges Beweis-

---

4 MüKo-ZPO-Prütting, § 286 N 32.

5 BGH NJW 1970, 946, 948.

6 BGH, Urteil vom 30. Juli 2009 – Az. 3 StR 273/09, E. 1.c), st. Rsp.

7 Paulus, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt (Hg.), Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, 1997, 747, 750; Foerster, Transfer der Ergebnisse von Strafverfahren in nachfolgende Zivilverfahren, 2008, 230; Motsch, in: Rüßmann (Hg.), Festschrift für Gerhard Käfer, 2009, 241, 242; Engel Vermont Law Review 33 (2009), 435, 435; a. M. Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess, 1964, 459; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, 206; Huber, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983, 153; Rechberger, in: Prütting (Hg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, 1990, 471, 482.

8 M. E. wird das Beweismaß durch das anwendbare Verfahrensrecht bestimmt, und entsprechend sind auch die Ausnahmen vom Regelbeweismaß zivilprozessualer Natur. Die Lehre ist in der Frage der Qualifikation des Beweismaßes gespalten, vergleiche Coester-Waltjen, Internationales Beweisrecht, 1983, Rz. 362 ff.; Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rz. 67; Paulus (Fn. 7), 759 f. und Berger-Steiner, Das Beweismaß im Privatrecht, 2008, Rz. 4.16 ff., die es dem materiellen Recht zuordnen, mit Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, 66; Habscheid, in: Prütting (Hg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, 1990, 105, 119 und Gottwald/Nagel, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007, § 9 Rz. 51, die für Prozessrecht plädieren, und Koussoulis, in: Gottwald/Prütting (Hg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, 1990, 277, 278, der für eine „gemischtrechtliche, d. h. materielle wie prozessuale Natur“ eintritt. Für Qualifikation als Verfahrensrecht LG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 885, 886, mit zahlreichen Hinweisen auf Rsp. und Lehre.

9 Statt aller Bender (Fn. 2), 259.

maß kennt.<sup>10</sup> Aber der gewöhnliche, im Regelfall anzuwendende Überzeugungsgrad zur Wahrheit strittiger Tatsachenbehauptungen ist derselbe.

### **3. Gute Gründe sprechen für ein unterschiedliches Beweismaß in Zivil- und Strafsachen**

#### **3.1 Unterschiedliches Beweismaß in Zivil- und Strafsachen im Common Law**

Anders als das deutsche Recht kennt das Common Law zwei verschiedene Beweismaße („standards of proof“<sup>11</sup>) für Zivil- und Strafsachen.<sup>12</sup> In Zivilsachen gilt das Beweismaß der „preponderance of the evidence“, gemäß der für die beweisbelastete Partei zu entscheiden ist, wenn die anspruchsbegründenden Tatsachen eher wahr als falsch sind.<sup>13</sup> Im Common Law genügt in Zivilsachen demnach bereits der *geringste Grad des Übergewichts* der Überzeugung zugunsten des Klägers, um für diesen zu entscheiden.<sup>14</sup> Im Strafprozess hingegen gilt das Beweismaß des „beyond reasonable doubt“, gemäß dem für eine Verurteilung notwendig ist, dass der Sachverhalt jenseits vernünftiger Zweifel erstellt ist.<sup>15</sup>

#### **3.2 Entscheidungstheoretische Rechtfertigung des unterschiedlichen Beweismaßes**

Gerechtfertigt wird das unterschiedliche Beweismaß im Zivil- und Strafprozessrecht des Common Law mit den unterschiedlichen Fehlerkosten eines Fehlurteils.<sup>16</sup> Während es ganz überwiegend als ein viel schwererer Fehler

---

<sup>10</sup> Gercke/Hembach/Wollschläger, Strafprozessrecht, 2013, 230.

<sup>11</sup> Der Ausdruck „burden of proof“ sollte für die Beweislast vorbehalten bleiben, Kokott, The burden of proof in comparative and international human rights law, 1998, 9.

<sup>12</sup> Motsch, Vom rechtsgenügenden Beweis, 1983, 56 ff., bietet einen geschichtlichen Überblick zur Entwicklung des englischen Rechts zum Beweismaß in Zivil- und Strafsachen. Einige „mixed jurisdictions“, wie Israel, Quebec (Kanada), Schottland und Südafrika treffen diese Unterscheidung auch, Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 2005, 28; Zamir/Ritov Journal of Legal Studies 41 (2012), 165, 173 f.

<sup>13</sup> Miller v. Minister of Pensions 3 All ER 372 (1947), 373 f.; Redmayne Modern Law Review 62 (1999), 167, 168.

<sup>14</sup> Redmayne (Fn. 13), 172; für das US-amerikanische Recht Livanovitch v. Livanovitch, 131 A. 799, 800 (Vt. 1926) („If [...] you are more inclined to believe from the evidence that he did so deliver the bonds to the defendant, even though your belief is only the slightest degree greater than that he did not, your verdict should be for the plaintiff“ (die Geschworeneninstruktionen zitierend).

<sup>15</sup> Siehe Geschworeneninstruktion gemäß Ninth Circuit Jury Instructions Committee (Hg.), Manual of Model Criminal Jury Instructions for the District Courts of the 9<sup>th</sup> Circuit, Ausgabe 2010, § 3.5 – Reasonable Doubt – Defined, erhältlich unter [www.akd.uscourts.gov/docs/general/model\\_jury\\_criminal.pdf](http://www.akd.uscourts.gov/docs/general/model_jury_criminal.pdf) (zuletzt besucht am 11. September 2015).

<sup>16</sup> Kaplan Stanford Law Review 20 (1968), 1065, 1071 ff.; Cullison University of Toledo Law Review 1 (1969), 538, 564 ff.; In re Winship, 397 U.S. 358 (1970), 378 f.



gesehen wird, einen Unschuldigen zu verurteilen als einen Schuldigen freizusprechen,<sup>17</sup> wird allgemein angenommen, dass der Fehler, einem Kläger einen Anspruch zuzusprechen, der ihm tatsächlich nicht zusteht, gleich schwer wiegt wie der Fehler, einem Kläger einen Anspruch nicht zuzusprechen, der ihm tatsächlich zusteht.<sup>18</sup> Will man nun die Kosten – nicht Anzahl<sup>19</sup> – der Fehler minimieren, muss man im ersteren Fall die Entscheidungsgrenze anheben (wie hoch, hängt von den relativen Fehlerkosten ab,<sup>20</sup> die im Strafrecht umstritten sind<sup>21</sup>), während man im zweiten Fall für den Kläger entscheiden muss, wenn der anspruchsbegründende Sachverhalt eher der Fall ist als nicht.<sup>22</sup>

Dass die Berücksichtigung der Fehlerkosten die Entscheidungsgrenze bestimmt, lässt sich kaum bestreiten. Wenn die Polizei eine Schule räumt, weil sie einen Anruf erhalten hat, es befinde sich eine Bombe im Klassenzimmer, dann nicht deshalb, weil der Polizist fest davon überzeugt ist, dass sich eine Bombe im Schulhaus befindet, sondern weil die Folgen einer unterlassenen Evakuierung, wenn tatsächlich eine Bombe vorhanden ist, viel gravierender sind als die Folgen einer Evakuierung, wenn keine Bombe gefunden wird. Eine Evakuierung wird daher schon dann angeordnet, wenn auch nur geringste Zweifel daran bestehen, dass es sich um einen Scherzanruf handelt. Warum das allgemeine entscheidungstheoretische Prinzip, dass die relativen Fehlerkosten das Maß der für eine Entscheidung notwendigen Überzeugung bestimmen, ausgerechnet im Recht nicht gelten soll, lässt sich nicht begründen.<sup>23</sup>

---

17 *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 1765, 358; *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), 372; *Posner*, Economic Analysis of Law, 8. Aufl. 2011, 827.

18 *Ball* Vanderbilt Law Review 14 (1960), 807, 817; *Kaye* Cornell Law Review 73 (1987), 4, 72; *Lee* Brigham Young University Law Review 1997, 1, 25; *Posner* Stanford Law Review 51 (1999), 1477, 1504; *Redmayne* (Fn. 13), 171; *Clermont/Sherwin* American Journal of Comparative Law 50 (2002), 243, 268; *Hamer* University of New England Law Journal 1 (2004), 71, 81; *Stein*, Foundations of evidence law, 2005, 148; *Zamir/Ritov* (Fn. 12), 189; a.M. *Tyree* Jurimetrics 23 (1982), 89, 93 f., der argumentiert, dass „community standards“ die Kosten unterschiedlich gewichten können.

19 *Connolly* Law and Human Behavior 11 (1987), 101, 104 f.; *DeKay* Law & Social Inquiry 21 (1996), 95, 118 ff.; *Kaye* Law, Probability & Risk 1 (2002), 3, 5 f.

20 *Bourmistrov-Jüttner*, Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie und rationale Entscheidungstheorie in Anwendung auf die Rechtspraxis, 1987, 247.

21 Siehe die in Fn. 1 zitierten Autoren.

22 *Kaplan* (Fn. 16), 1072.

23 Hingegen gibt es zahlreiche intuitiv überzeugende psychologische Gründe, die für ein höheres Beweismaß als die überwiegende Überzeugung zu sprechen scheinen, siehe *Schweizer*, in: *Mathis* (Hg.), European perspectives on behavioural law and economics, 2015, 125.

### 3.3 Die zu berücksichtigenden Fehlerkosten ergeben sich aus dem Prozesszweck

Schwieriger ist es jedoch, zu bestimmen, welche Kosten zu berücksichtigen sind. Ein strikt wohlfahrtsökonomischer Ansatz verlangt, auf die gesamtgesellschaftlichen Kosten abzustellen und den Einfluss unterschiedlicher Beweismaße auf das Verhalten der Parteien *ex ante* zu berücksichtigen.<sup>24</sup> Das führt dazu, dass sich das „richtige“ Beweismaß mangels empirischer Feststellbarkeit der maßgeblichen Parameter nicht bestimmen lässt.<sup>25</sup> Als im deutschen Schrifttum in den 1970er Jahren ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung postuliert wurde, haben einige Autoren andererseits auf die Kosten für die beteiligten Streitparteien abgestellt.<sup>26</sup> Das Beweismaß ist nach dieser Auffassung je nach der „sozio-ökonomischen Risikotragfähigkeit“<sup>27</sup> der Parteien unterschiedlich hoch. Dies hat zu Recht Befremden ausgelöst.<sup>28</sup>

Nach hier vertretener Auffassung ergeben sich die zu berücksichtigenden Fehlerkosten aus dem Zweck des Zivilprozesses.<sup>29</sup> Nutzen ist entscheidungstheoretisch als *Grad der Zielerreichung* definiert, der bei der Wahl der Alternative erwartungsgemäß realisiert wird.<sup>30</sup> Entsprechend kann man *Kosten* als Grad, in dem das Ziel bei der Wahl der Alternative erwartungsgemäß *verfehlt* wird, definieren. Um den Nutzen oder die Kosten eines gerichtlichen Urteils in der Sache, d. h. einer in materielle Rechtskraft erwachsenden Entscheidung, beurteilen zu können, muss daher das Ziel, oder Zweck, eines Sachurteils im Zivilverfahren bestimmt werden.

Nach ganz überwiegender und auch hier vertretener Auffassung ist primärer Zweck des Zivilprozesses *die Durchsetzung des materiellen Privatrechts im Interesse der Parteien*.<sup>31</sup> Sieht man den Zweck des Zivilprozesses in der

24 Wagner, in: Bork/Eger/Schäfer (Hg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts*. Beiträge zum XI. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (26. bis 29. März 2008), 2009, 156, 172.

25 Kaplow Yale Law Journal 121 (2012), 738, 762 ff., 771.

26 Maassen, *Beweismaßprobleme im Schadenersatzprozess*, 1975, 160 f.; Gräns, *Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile*, 2002, 244

27 Gräns (Fn. 26), 243 f.

28 Greger (Fn. 2), 109; Bender (Fn. 2), 255 f.; Prütting (Fn. 8), 78; AK-ZPO-Rüßmann, § 286 N 19.

29 Für die ausführliche Begründung dieser Auffassung verweise ich auf Schweizer, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 2015, 482 ff. Aus Platzgründen erfolgt die Darstellung hier stark verkürzt.

30 Baron, *Thinking and deciding*, 4. Aufl. 2008, 234; Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes, *Entscheidungstheorie*, 8. Aufl. 2012, 33 f.

31 BGHZ 10, 350, 359; BGH NJW 1962, 1820; Baur, in: Universität Tübingen (Hg.), *Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, 1963, 97, 103; Hergenröder, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995, 215; Gaul, in: Yildirim (Hg.), *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, 2001, 68, 79;

Verwirklichung des materiellen Rechts, dann wird dieses Ziel vollumfänglich erreicht, wenn ein tatsächlich bestehendes subjektives Recht geschützt wird und ein tatsächlich nicht bestehendes subjektives Recht nicht geschützt wird, denn nach richtiger Auffassung umfasst der Schutz subjektiver Rechte auch den Schutz des Beklagten vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme.<sup>32</sup> Gleichzeitig bewährt sich durch ein richtiges Urteil, egal ob damit der Anspruch verneint oder bejaht wird, die objektive Rechtsordnung,<sup>33</sup> weshalb der Streit darüber, ob die Durchsetzung subjektiver Rechte oder die Bewährung des objektiven Rechts Prozessziel ist,<sup>34</sup> für das Beweismaß ohne Belang ist.

Aus Sicht des Prozesszwecks der Rechtsdurchsetzung entstehen durch ein korrektes Urteil keine Kosten, da das Ziel nicht, auch nicht teilweise, verfehlt wird. Wird durch ein Sachurteil jedoch ein Anspruch geschützt, der tatsächlich nicht bestand, weil die dem Urteil zugrundeliegende Sachverhaltsrekonstruktion nicht der Wirklichkeit entspricht, so wird das Ziel der Durchsetzung materiellrechtlicher Ansprüche ebenso verfehlt, wie wenn ein tatsächlich nicht bestehender Anspruch durchgesetzt wird. In beiden Fällen trägt das Urteil nichts dazu bei, das Prozessziel zu erreichen. Das Ziel, egal ob es in der Verwirklichung subjektiver Rechte oder der Bewährung der objektiven Rechtsordnung gesehen wird, wird in beiden Fällen vollumfänglich verfehlt. Es ist nicht ersichtlich, wie unter dem Gesichtspunkt der Zielerreichung ein Fehler 1. Art (Schutz eines nicht bestehenden Anspruchs) schwerer wiegen sollte als ein Fehler 2. Art (kein Schutz eines bestehenden Anspruchs).

Diese Auffassung unterscheidet sich maßgeblich von der modernen rechtsökonomischen Analyse des Beweismaßes als Mittel zur Erreichung des Effizienzziels der Rechtsordnung.<sup>35</sup> Ziel ist nicht die Optimierung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens, sondern die optimale Erreichung des Prozesszwecks. Es wird angenommen, dass dem materiellen Recht, das dem Individuum ein subjektives Recht gewährt, Wertentscheidungen zugrunde liegen, die im Rahmen des Prozesses zu respektieren sind. Ein optimaler Zivilprozess ist ein Prozess, der den im materiellen Recht verkör-

---

*Jacobs*, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, 184 ff.; *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012, 250.

32 *Gaul* (Fn. 31), 79.

33 *Schilken*, in: Meller-Hannich (Hg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess. Hallesches Symposium zum Zivilverfahrensrecht am 6. Oktober 2007, 2008, 21, 24.

34 Für ersteres *Baur* (Fn. 31), 103; *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. 1974, 3 f.; *Jacobs* (Fn. 31), 184 f.; *Rosenberg/Gottwald/Schwab*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 1 Rz. 9; *Althammer* (Fn. 31), 242, 250, für letzteres *Wach*, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1885, 3 ff.; *Boor*, Die Auflockerung des Zivilprozesses, 1939, 1 f., 35; *Schönke AcP* 150 (1949), 216, 216; *Sauer*, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951, 7.

35 Z. B. *Kaplow* (Fn. 25), 756 ff.

perten Wertvorstellungen bestmögliche Beachtung verschafft. Die zu berücksichtigenden Kosten werden normativ-juristisch bestimmt, nicht wohlfahrtsökonomisch. Namentlich werden die Auswirkungen des Regelbeweismaßes auf das *ex-ante*-Verhalten der Rechtsunterworfenen ausgeblendet.<sup>36</sup>

Nun ist es offensichtlich so, dass der Prozess seinen Zweck, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen, nicht immer erfüllt und der Gesetzgeber bewusst Normen geschaffen hat, die dem Zweck der materiellen Rechtsverwirklichung entgegenstehen.<sup>37</sup> Es ist deshalb weithin anerkannt, dass der Prozess neben der Verwirklichung des materiellen Rechts auch einen Rechtsfriedenszweck oder eine *Konfliktlösungsfunktion* hat.<sup>38</sup> Das Ziel der Konfliktlösung wird auch durch ein inhaltlich falsches Urteil, das materielle (innere) Rechtskraft genießt, erreicht.<sup>39</sup> Der Nutzen eines Fehlurteils ist aus Sicht des Rechtsfriedens demnach gleich groß wie der Nutzen eines materiell richtigen Urteils. Da das Ziel der Konfliktlösung weder durch den Schutz eines nicht bestehenden Anspruchs noch durch den unterlassenen Schutz eines bestehenden Anspruchs verfehlt wird, entstehen durch keine der beiden möglichen Fehler Kosten. Entsprechend ändert die Berücksichtigung der Konfliktlösungsfunktion des Zivilprozesses nichts an den relativen Fehlerkosten.

Die Kosten, verstanden als Grad der Zielverfehlung, einer fälschlichen Gutheißung einer Klage sind demnach gleich hoch wie die Kosten einer fälschlichen Abweisung einer Klage. Das Beweismaß, das die Kosten, oder den Grad der Zielverfehlung, minimiert, ist daher das Beweismaß der *überwiegenden Überzeugung*. Der Richter hat seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde zu legen, den er eher für wahr hält.<sup>40</sup> Durch Vermeidung des Ausdrucks „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ wird insbesondere klargestellt, dass es sich dabei nicht um ein „objektives“ Beweismaß im Sinne der in den 1970er Jahren in Deutschland vorgeschlagenen Konzeption des Überwiegensprinzips handelt.<sup>41</sup> Eine objektive Wahrscheinlichkeit eines Einzelfalls der Makrowelt kann es nicht geben.<sup>42</sup> Entweder besteht der Anspruch tatsächlich, oder er besteht tatsächlich nicht. Variieren kann jedoch der Grad

---

36 Dieses wird durch wohlfahrtsökonomische Modelle berücksichtigt, *Kaplow* (Fn. 25), 748. Zur Kritik daran *Cheng/Pardo Law, Probability and Risk* 14 (2015), 193, 199 ff.

37 Statt aller *Henckel*, *Prozessrecht und materielles Recht*, 1970, 58.

38 Statt aller *Althammer* (Fn. 31), 243 ff.

39 *Schönke* (Fn. 34), 216, leitet aus der Möglichkeit sachlich unrichtiger materiell rechtskräftiger Urteile gar das Prozessziel des Rechtsfriedens ab; kritisch *Gaul AcP* 168 (1968), 27, 57 ff.; *Althammer* (Fn. 31), 244.

40 Die mathematische Herleitung ist einigermassen trivial und wird hier aus Platzgründen weggelassen, siehe dazu *Schweizer* (Fn. 29), 436 ff.

41 *Maassen* (Fn. 26), 6; *Musielak*, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, 1975, 112; *Huber* (Fn. 7), 116 f.; *Kollhosser ZZP* 96 (1983), 270, 271.

42 *Weber*, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß*, 1997, 147 f.

der Überzeugung dafür, dass der Anspruch besteht.<sup>43</sup> Diese Überzeugung ist immer subjektiv in dem Sinne, dass sie von Person zu Person unterschiedlich sein kann, auch wenn sie vollständig rational gebildet wird.

### 3.4 Bezugspunkt der maßgebenden Überzeugung ist die Gesamtheit der anspruchsbegründenden Tatsachen

Die Überzeugung bezieht sich dabei auf das Vorliegen der *Gesamtheit* der anspruchsbegründenden Tatsachen. Denn zu einem Fehlerurteil kommt es, wenn angenommen wird, dass alle anspruchsbegründenden Tatsachen vorliegen, obwohl mindestens eine Tatsache nicht der Fall ist, oder wenn angenommen wird, dass nicht alle anspruchsbegründenden Tatsachen vorliegen, obwohl dies der Fall ist. Würde sich der notwendige Überzeugungsgrad auf die einzelne Tatsachenbehauptung beziehen, und würde ein Überzeugungsgrad von 50 % genügen, um jede einzelne Tatsache für wahr zu erachten, so säne der Überzeugungsgrad, dass die Gesamtheit der anspruchsbegründenden Tatsachen der Fall sind, schnell unter 50 %. Obwohl *jede einzelne* Tatsachenbehauptung überwiegend für wahr gehalten wird, ist es paradoxerweise überwiegend wahrscheinlich, dass nicht *alle* Tatsachenbehauptungen wahr sind. Diese Folge der Logik der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie wird in der angloamerikanischen Literatur unter dem Stichwort „Konjunktionsparadox“ diskutiert.<sup>44</sup>

## 4. Die Auswirkungen eines tieferen Beweismaßes sind weniger groß als gemeinhin angenommen

Wie erwähnt ist im Common Law das Beweismaß der „preponderance of the evidence“ erfüllt, wenn der Tatsachenfeststeller überzeugt ist, dass eine Tatsachenbehauptung eher wahr als falsch ist. Gleichzeitig bezieht sich das Beweismaß nach überwiegender Auffassung auf die einzelnen *Tatbestandselemente*, d. h., die beweisbelastete Partei muss beweisen, dass jedes Tatbestandsmerkmal – genauer gesagt, jede Tatsachenbehauptung, die sich unter das entsprechende Tatbestandsmerkmal subsumieren lässt – mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegt.<sup>45</sup> Geht man davon aus, dass die fundamentalen Regeln der Wahrscheinlichkeitstheorie auch für (richterliche)

---

43 Eine Minderheit der Lehre vertritt die Auffassung, dass Überzeugung keine Grade haben könne („überzeugt ist man, oder man ist es nicht“), Greger (Fn. 2), 20; Koussoulis (Fn. 8), 283; Brinkmann (Fn. 12), 63; Berger-Steiner (Fn. 8), Rz. 5.76.

44 Cohen, The probable and the provable, 1977, 116 ff.; Allen Boston University Law Review 66 (1986), 401; Dawid Journal of the Royal Statistical Society. Series D (The Statistician) 36 (1987), 91; Levmore Michigan Law Review 99 (2001), 723.

45 Cohen (Fn. 44), 58; Allen (Fn. 44), 405; Allen Cardozo Law Review 13 (1991), 373, 373; Allen/Leiter Virginia Law Review 87 (2001), 1491, 1504; a.M. Nance Boston University Law Review 66 (1986), 947, 949 ff.; Levmore (Fn. 44), 725; Nance Virginia Law Review 87 (2001), 1551, 1571 f. („standard form jury instructions are usually ambiguous, if not hopelessly confused,

Überzeugungen gelten,<sup>46</sup> ergibt sich die Wahrscheinlichkeit, dass mehrere unabhängige Tatbestandsmerkmale gleichzeitig vorliegen, gemäß der Produktregel aus der Multiplikation der einzelnen Wahrscheinlichkeiten. Wenn eine Anspruchsnorm vier unabhängige Tatbestandsmerkmale aufweist – z. B. die außervertragliche Verschuldenshaftung Widerrechtlichkeit, Verschulden, Schaden und Kausalzusammenhang – und der Tatsachefeststeller davon ausgeht, dass jedes einzelne Merkmal mit einer Wahrscheinlichkeit von 70 % vorliegt, so muss seine Überzeugung, dass *alle* Tatbestandsmerkmale gemeinsam vorliegen,  $0,7^4 = 0,24$  betragen.<sup>47</sup> Es ist also bedeutend wahrscheinlicher, dass *nicht* alle Tatbestandsmerkmale vorliegen, als dass sie alle vorliegen. Dennoch wäre die Klage, weil jedes *einzelne* Element mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50 % vorliegt, nach dem „preponderance of the evidence“- oder „balance of probabilities“-Standard gutzuheißen.

Dieses Paradox hat *Allen* bewogen, die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie als normatives Modell richterlicher Überzeugungsbildung für den angelsächsischen Rechtskreis zu verwerfen und stattdessen eine holistische Theorie des Vergleichs zweier Geschichten zu postulieren.<sup>48</sup> Der Richter entscheidet sich demnach für die Geschichte, die insgesamt plausibler ist. *Cohen* hat gar eigene mathematische Regeln für die Kombination von „Wahrscheinlichkeiten“<sup>49</sup> vorgestellt, bei denen das Konjunktionsparadox nicht auftritt.<sup>50</sup>

Wenn man davon ausgeht, dass sich das Beweismaß in Deutschland nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auf die einzelne Tatsachenbehauptung bezieht,<sup>51</sup> dann führt die Regel zur Kombination mehrerer unabhängiger

---

on the point“); *Clermont/Sherwin* (Fn. 18), 253 Fn. 49 („lawyers muddle through with their heads in the sand“).

46 Zur Begründung dieser Annahme siehe *Schweizer* (Fn. 29), 125 ff.

47 Die Annahme, dass die Tatbestandsmerkmale unabhängig sind, mag häufig nicht zutreffen, so bereits *Cohen* (Fn. 44), 61. Ebenso unrealistisch ist aber die Annahme, dass die Tatbestandsmerkmale perfekt korrelieren, und nur dann tritt das Konjunktionsparadox nie auf.

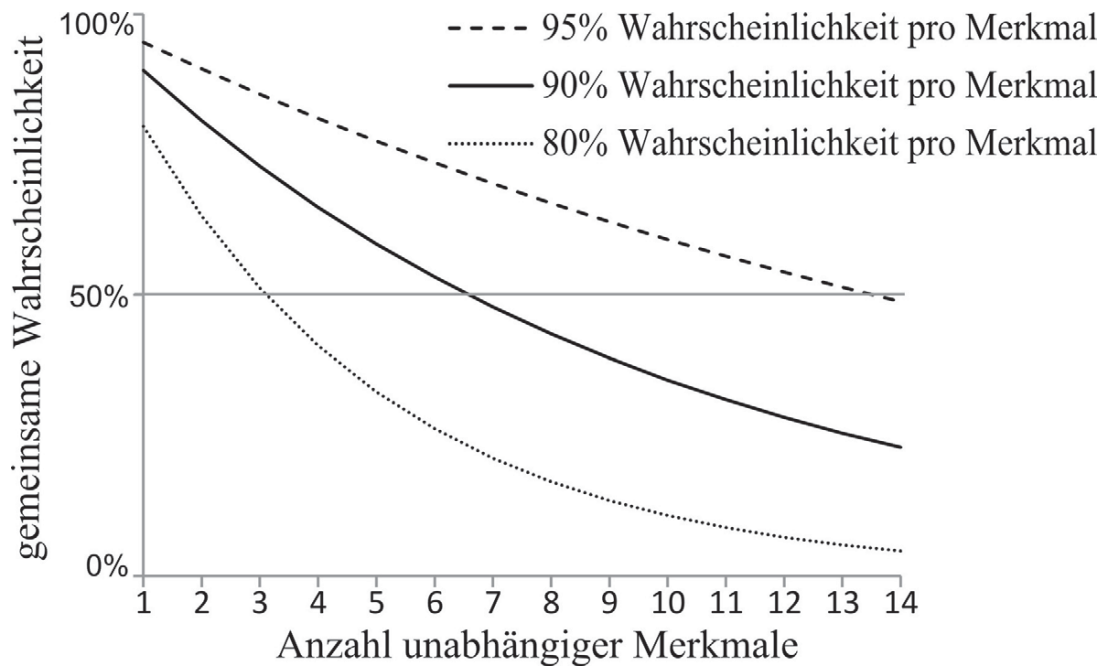
48 *Allen* (Fn. 44).

49 Wahrscheinlichkeiten in Anführungszeichen, weil die Axiome der Wahrscheinlichkeitstheorie eben gerade nicht gelten für die „Baconian probabilities“, und als Wahrscheinlichkeit nur bezeichnet werden kann, was den Axiomen der Wahrscheinlichkeitstheorie gehorcht, *Salmon*, *The foundations of scientific inference*, 1967, 63 f.

50 Die Gesamtwahrscheinlichkeit mehrerer Behauptungen ist nach *Cohens* „Baconian probabilities“ immer mindestens so hoch wie die geringste der kombinierten Wahrscheinlichkeiten, *Cohen* (Fn. 44), 116 ff.

51 Am deutlichsten ergibt sich dies aus der in der juristischen Ausbildung gelehrteten Relationstechnik (dazu *Anders/Gehle*, *Das Assessorexamen im Zivilrecht*, 11. Aufl. 2012, Rz. 131 ff.). Die Stellungnahme in der Literatur sind nicht immer eindeutig, vergleiche nur *Motsch* (Fn. 12), 83; *Schwab*, in: *Holzhammer/Bohm/Jelinek* (Hg.), *Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag*, 1988, 451, 454; *Habscheid* (Fn. 8), 118 f.; *Berger-Steiner* (Fn. 8), Rz. 6.81 (die sich auf den Sachverhalt als solchen beziehen) mit *Greger* (Fn. 2), 148; *Walter*, *Freie*

ger Wahrscheinlichkeiten aber nicht zu einem Paradox, sondern vermag zu erklären, weshalb herrschende Lehre und Praxis auf einem hohen Beweismaß der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ beharren. Bezieht sich der Überzeugungsgrad von 90 %<sup>52</sup> auf die einzelnen Tatsachenbehauptungen, dann sinkt die Überzeugung, dass alle Behauptungen wahr sind, bereits bei sieben unabhängigen Behauptungen auf unter 50 % (siehe *Abbildung 1*). Bei 95 % braucht es 14 unabhängige Elemente, bis die Grenze der überwiegenden Überzeugung erreicht ist.



**Abbildung 1:** Wahrscheinlichkeit für das gemeinsame Vorliegen mehrerer unabhängiger Merkmale bei unterschiedlichem Beweismaß für das Vorliegen jedes einzelnen Elements

Bei einem Überzeugungsgrad von 90 % liegt bei vier unabhängigen Elementen noch eine Gesamtwahrscheinlichkeit von  $0,9^4 \approx 0,66$  vor. Diese Rechenbeispiele zeigen, dass die Gesamtwahrscheinlichkeit des Vorliegens aller anspruchsbegründenden Tatbestandselemente schnell sinkt, selbst wenn man einen hohen Überzeugungsgrad für das Vorliegen *jedes einzelnen* Tatbestandsmerkmals verlangt. Anders gesagt: 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 verkennt, dass die Gesamtwahrscheinlichkeit

Beweiswürdigung, 1979, 181; Prütting (Fn. 8), 79 ff.; Schilken (Fn. 2), Rz. 478 (die auf die einzelne Behauptung abstellen).

52 Wie es für das Regelbeweismaß von einer Reihe von Autoren in der Schweiz vertreten wird, Berger-Steiner (Fn. 8), Rz. 6.69; ihr folgend Walter Haftpflichtprozess 2009, 47, 53; Bühler Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 9.

selbst bei einer hohen Wahrscheinlichkeit jedes einzelnen Merkmals unter die 50 %-Grenze sinken kann.

Die Logik der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie diktiert weiter, dass die Gesamtwahrscheinlichkeit des Vorliegens aller unabhängigen Elemente nicht höher sein kann als die Wahrscheinlichkeit, dass eines der Elemente vorliegt. Bildhaft gesprochen ist die Kette nur so stark wie ihr schwächstes Glied. Wer daher vertritt, dass gewisse Tatbestandselemente nur mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ nachzuweisen sind, der vertritt im Ergebnis, dass in allen Fällen, in denen ein solches Tatbestandsmerkmal Beweisgegenstand ist, die beweisbelastete Partei den ihr obliegenden Nachweis, dass *alle* anspruchsbegründenden Merkmale vorliegen, erfüllt, wenn die richterliche Überzeugung 50 % übersteigt. Das Beharren darauf, dass alle *anderen* Merkmale zur „vollen Überzeugung“ des Richters nachzuweisen sind, ändert daran nichts. Es verhindert nur, dass die Gesamtwahrscheinlichkeit auf unter 50 % sinkt, und ist deshalb auch nach der Lehre von der überwiegenden Überzeugung geboten. Auch darin zeigt sich, dass die scheinbar unversöhnlichen Standpunkte weniger unversöhnlich sind als gemeinhin angenommen.

Nun mag man einwenden, dass die ganzen Überlegungen dazu, worauf sich die richterliche Überzeugung beziehen muss, sehr interessant sind, aber der Gesetzeswortlaut eindeutig ist. Gemäß § 286 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, „ob *eine* tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei“. § 286 ZPO spricht nicht von der freien Überzeugung, dass „die anspruchsbegründenden tatsächlichen Behauptungen“ oder „der behauptete Sachverhalt“ für wahr zu erachten sind. Gemäß dem Gesetzeswortlaut bezieht sich die Überzeugung auf die einzelne Behauptung. Dennoch wird hier die Auffassung vertreten, dass der Gesetzeswortlaut einem Beweismaß der überwiegenden Überzeugung, das sich auf die Gesamtheit der anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen bezieht, nicht entgegensteht. Kernpunkt dieser im Folgenden näher zu begründenden Auffassung ist, dass sich § 286 ZPO nicht zum notwendigen Überzeugungsgrad, sondern nur zur Art und Weise der Überzeugungsbildung (frei von der Bindung an gesetzliche Beweisregeln) äußert.

## **5. Ein zivilprozessuales Beweismaß der überwiegenden Überzeugung lässt sich mit dem geltenden Recht vereinbaren**

Gegen das Beweismaß der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“, das in den 1970er Jahren von mehreren Autoren vertreten wurde,<sup>53</sup> wurden verschiedene Einwände in der Sache vorgebracht, vor allem aber sei es nicht mit

---

<sup>53</sup> Maassen (Fn. 26), 6; Musielak (Fn. 41), 112; Huber (Fn. 7), 116 f.; Kollhosser (Fn. 41), 271.



dem geltenden Recht zu vereinbaren.<sup>54</sup> Schon der Wortlaut des Gesetzes schließe eine „bloße Wahrscheinlichkeit“ aus, der Richter müsse eine Tatsache vielmehr „für wahr“ erachten. Davon sei auch der historische Gesetzgeber ausgegangen. Vor allem aber spreche die systematische Auslegung gegen ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung: Es gebe eine erhebliche Zahl von Vorschriften, die ein vom Regelbeweismaß des § 286 ZPO abweichendes, tieferes Beweismaß vorschrieben.<sup>55</sup> Genannt werden insbesondere § 287 ZPO und die zahlreichen Fälle, in denen das Gesetz eine bloße Glaubhaftmachung genügen lässt.<sup>56</sup> Wenn das Regelbeweismaß erfüllt sei, wenn die Tatsachenbehauptung nach der Überzeugung des Richters eher wahr als falsch ist, dann wären die zahlreichen Normen, die eine Beweismaßsenkung auf Glaubhaftmachung vorsähen, „funktionslos“<sup>57</sup>; das Gesetz müsste sich „Sinnlosigkeit“<sup>58</sup> vorwerfen lassen. Auch mache die Lehre vom Überwiegensprinzip die zahlreichen Beweislastregeln des materiellen Rechts überflüssig, weshalb es nicht dem Sinn von § 286 ZPO entsprechen könne.<sup>59</sup>

Nach hier vertretener, näher zu begründender Auffassung lässt sich ein Regelbeweismaß der überwiegenden Überzeugung mit dem geltenden Recht vereinbaren. Bevor auf die einzelnen Argumente eingegangen wird, ist aber klarzustellen, dass die Kritiker Recht haben, wenn sie betonen, dass der Bezugspunkt der richterlichen Überzeugung die Wahrheit der strittigen Tatsachenbehauptungen sei, und nicht eine (objektive) Wahrscheinlichkeit. Eine objektive Wahrscheinlichkeit eines Einzelfalles der Makrowelt kann es nicht geben. Der Beklagte in einem Vaterschaftsprozess ist entweder der Vater des Klägers, oder er ist es nicht. Abstufungen gibt es im Sachverhalt der Außenwelt keine. Abstufungen kann aber die Überzeugung haben, dass der Beklagte der Vater des Klägers ist. Man kann – wenn man nicht der Mindermeinung folgt, Überzeugung habe keine Grade<sup>60</sup> – mehr oder weniger davon überzeugt sein, dass die Behauptung „der Beklagte ist der Vater des Klägers“ wahr ist. Nach der Lehre der überwiegenden Überzeugung bleibt

---

54 Greger (Fn. 2), 109 ff.; Walter (Fn. 51), 181; Prütting (Fn. 8), 79 ff.; Leipold, *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess*, 1985, 8; Schwab (Fn. 51), 454; Habscheid (Fn. 8), 118; Weber (Fn. 42), 140; Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hg.), *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, 2009, 80, Rz. 66; Reichenbach, § 1004 BGB als Grundlage von Beweisverboten, 2004, 187; Fuchs, *Das Beweismaß im Arzthaftungsprozess*, 2005, 82 f.; Prütting ZZP 123 (2010), 135, 142.

55 Walter (Fn. 51), 174; Prütting (Fn. 8), 79; Weber (Fn. 42), 140; Laumen (Fn. 54), Rz. 66.

56 MüKo-ZPO-Prütting, § 286 N 37.

57 Prütting (Fn. 8), 79; ihm folgend Laumen (Fn. 54), Rz. 66.

58 Walter (Fn. 51), 174.

59 Prütting (Fn. 8), 85; Leipold (Fn. 54), 8; Fuchs (Fn. 54), 82; Grunsky/Jacoby, *Zivilprozessrecht*, 14. Aufl. 2014, Rz. 549.

60 Greger (Fn. 2), 20; Koussoulis (Fn. 8), 283; Brinkmann (Fn. 12), 63; Berger-Steiner (Fn. 8), Rz. 5.76.

die subjektive (aber rational gebildete) Überzeugung des Richters maßgeblich, keine objektive Wahrscheinlichkeit, die für alle Beobachter dieselbe ist. Die Lehre von der überwiegenden Überzeugung unterscheidet sich von der herrschenden Lehre und Praxis nur durch die *Intensität* der Überzeugung, die vorliegen muss. Die Lehre von der überwiegenden Überzeugung bedarf daher, anders als objektive Beweistheorien, keiner Rechtsfortbildung *praeter legem*, die mangels einer Gesetzeslücke ausgeschlossen ist.<sup>61</sup>

Ein zivilprozessuales Beweismaß der überwiegenden Überzeugung lässt sich mit dem geltenden Recht vereinbaren. Weder die grammatikalische noch die historische oder die systematische Auslegung führen zum Ergebnis, dass geltendes Recht (anders als die herrschende Lehre und Rechtsprechung) ein Beweismaß der „persönlichen Gewissheit“ verlangt.

### 5.1 Der Wortsinn von § 286 ZPO schließt ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung nicht aus

Es wird vorgebracht, dass bereits der Wortlaut des Gesetzes, insbesondere § 286 Abs. 1 ZPO, dem Überwiegensprinzip entgegenstehen würde, denn das Gesetz würde die volle richterliche Überzeugung verlangen.<sup>62</sup> Überzeugung sei synonym mit persönlicher Gewissheit<sup>63</sup> oder verlange zumindest eine hohe subjektive Wahrscheinlichkeit.<sup>64</sup> Nun ist es aber so, dass § 286 ZPO weder eine volle noch eine tiefe oder eine sonst in ihrem *Grad* qualifizierte Überzeugung verlangt. Qualifiziert wird die Überzeugung nur dahingehend, dass sie „frei“ sein muss, d. h. ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln gebildet wurde.<sup>65</sup> Über den Grad der Überzeugung, der verlangt wird, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nichts entnehmen.

Es trifft sicherlich zu, dass man umgangssprachlich unter „Überzeugung“ mehr versteht, als etwas bloß für eher wahr als falsch zu erachten.<sup>66</sup> Dieses umgangssprachliche Verständnis von „Überzeugung“ wirkt wie ein Tabu gegen jede generelle Senkung des Beweismaßes.<sup>67</sup>

Von diesem Verständnis von „Überzeugung“ hat sich die Rechtsprechung jedoch schon lange verabschiedet. Sie betont seit jeher, dass absolute

---

61 Greger (Fn. 2), 106 ff.; Prütting (Fn. 8), 79.

62 Prütting (Fn. 8), 79; Leipold (Fn. 54), 8. Walter (Fn. 51), 159 ff., auf den Prütting am a. a. O. verweist, äußert sich nur dazu, dass *Bezugspunkt* der Überzeugung die Wahrheit, nicht die Wahrscheinlichkeit sein müsse. Das entspricht der hier vertretenen Meinung.

63 Greger (Fn. 2), 20.

64 Huber (Fn. 7), 122; Weber (Fn. 42), 154; a.M. Gottwald, in: Gottwald/Jayme/Schwab (Hg.), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, 1. Dezember 2000, 2000, 165, 175.

65 Dass dies die Bedeutung von „frei“ ist, dürfte unbestritten sein, statt aller MüKo-ZPO-Prütting, § 286 N 13.

66 Rommé (Fn. 2), 77.

67 Musielak, in: Lüderitz/Schröder (Hg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts: Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, 1977, 451, 467.

Gewissheit nicht verlangt werden könne, sondern nur ein „für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit“<sup>68</sup>. Auch in der Literatur wird betont, dass „Überzeugung“ im Sinne von § 286 ZPO nicht subjektive Gewissheit bedeute.<sup>69</sup> Das entspricht aber nicht mehr dem umgangssprachlichen Verständnis von „überzeugt sein“. Wenn ich auch „nur leichte Zweifel“ habe, werde ich nicht sagen, ich sei *überzeugt*. Anders gesagt: Das umgangssprachliche Verständnis von „Überzeugung“ kann die Auslegung des Begriffs „Überzeugung“ im Sinne von § 286 Abs. 1 ZPO nicht bestimmen. „Überzeugung“ wird in den genannten Bestimmungen in einem spezifisch juristischen Sinn gebraucht, und das juristische Verständnis drückt einen Überzeugungsgrad aus, der unterhalb der absoluten (subjektiven) Gewissheit liegt, die umgangssprachlich mit „Überzeugung“ verbunden wird.

## 5.2 Die historische Auslegung schließt ein Beweismaß der überwiegenen Überzeugung nicht aus

Der Einführung der freien – d. h. nicht an gesetzliche Beweisregeln gebundenen – Beweiswürdigung im Zivilprozessrecht ging eine intensive Diskussion an drei aufeinanderfolgenden Deutschen Juristentagen (1861–1863) voraus. Diese Diskussion drehte sich aber ausschließlich um die Frage, ob im Zivilprozessrecht – wo es keine Geschworenengerichte gab – das Prinzip der freien Beweiswürdigung, das im Strafprozessrecht mit den Geschworenengerichten eingeführt worden war, ebenfalls gelten sollte, oder ob dort, wo juristisch ausgebildete Berufsrichter den Sachverhalt feststellen, nicht die Vorteile der gesetzlichen Beweistheorie – genannt werden die Beschränkung richterlicher Willkür und Voraussehbarkeit der Entscheidung – überwiegen würden.<sup>70</sup>

Diese Diskussion prägte auch die Gesetzgebung. Die Materialien zu § 249 des Entwurfs der Reichs-Civilprozessordnung, der unverändert als § 259 der Reichs-CPO in Kraft trat und lediglich sprachlich angepasst dem geltenden § 286 ZPO entspricht, äußern sich ausschließlich zu den Bedenken, die gegen die Abschaffung der Bindung an gesetzliche Beweisregeln artikuliert worden waren,<sup>71</sup> nicht aber zum notwendigen Grad der richterlichen Überzeugung. Der Gesetzgeber hat sich dazu schlicht keine Gedanken gemacht –

---

68 BGH NJW 1970, 946, 948.

69 *Arens* ZZP 88 (1975), 1, 30 f.; *Rommé* (Fn. 2), 71.

70 Eine Darstellung der Debatten auf dem 2.-4. Juristentag findet sich bei *Patermann*, Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre, 1970, 134 ff.

71 Als Schutz vor richterlicher Willkür wurde die Bildung, Integrität und unabhängige Stellung des Richters und der Zwang zur schriftlichen Urteilsbegründung gesehen, *Hahn*, Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, 1880, 275.

was insofern auch nicht überraschend ist, als der Begriff des „Beweismaßes“ von der Lehre erst 1964 entdeckt wurde.<sup>72</sup> Sicherlich ist es richtig, dass die Formulierung von der „freien Überzeugung“ in Anlehnung an das Strafprozessrecht ins Zivilprozessrecht eingeführt wurde,<sup>73</sup> und im Strafprozessrecht höhere Anforderungen an den Grad richterlicher Überzeugung gestellt werden. Aber daraus ergibt sich keine bewusste Entscheidung für ein gleiches Beweismaß in Zivil- und Strafsachen, sondern nur, dass die *Freiheit* der Beweiswürdigung im Zivil- und Strafprozessrecht grundsätzlich dieselbe ist.

Da sich § 286 ZPO nicht zum Grad der notwendigen Überzeugung äußert, steht der Gesetzeswortlaut auch der Auffassung nicht entgegen, dass sich der notwendige Grad der Überzeugung auf das Vorliegen der Gesamtheit der anspruchsbegründenden Tatsachen bezieht. Zwar sagt § 286 ZPO, dass das Gericht nach freier Überzeugung entscheidet, ob *eine* tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei, und bezieht sich damit nach seinem klaren Wortlaut auf die einzelne Behauptung, nicht auf die Gesamtheit der anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen. Aber welcher Grad der Überzeugung, dass die einzelne Behauptung wahr ist, verlangt werden muss, hängt eben davon ab, ob nur eine oder zahlreiche rechtlich relevante Tatsachenbehauptungen umstritten sind (vorne, S. 257 f.). Die notwendige Intensität der Überzeugung für die Wahrheit jeder einzelnen Tatsachenbehauptung ist variabel, der Grad der Überzeugung, dass die Gesamtheit aller anspruchsbegründenden Tatsachen vorliegt, hat eine feste untere Grenze von „eher wahr als falsch“. § 286 ZPO steht einem so verstandenen „flexiblen“ Beweismaß nicht entgegen.<sup>74</sup>

### **5.3 Die systematische Auslegung schließt ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung nicht aus**

§ 287 ZPO bewirkt, soweit herrscht Einigkeit, gegenüber § 286 ZPO eine Beweiserleichterung. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung wird die Erleichterung des Beweises vorwiegend über eine Beweismaßreduktion gegenüber dem Regelbeweismaß von § 286 ZPO erreicht, wobei nach § 287 ZPO eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ genügt.<sup>75</sup> Trifft dies zu, so wäre § 287 ZPO überflüssig, wenn bereits § 286 ZPO ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung stipuliert.

---

<sup>72</sup> Die erste Verwendung findet sich ersichtlich bei *Döhring* (Fn. 7), 445.

<sup>73</sup> *Hahn* (Fn. 71), 275.

<sup>74</sup> So bereits *Gottwald* (Fn. 7), 203, und *Rommé* (Fn. 2), 134 ff., die (anders als hier) für ein flexibles Regelbeweismaß eintreten; ein flexibles Regelbeweismaß ablehnend die h. L., siehe nur *Musielak/Stadler* *JUS* 20 (1980), 739, Rz. 149; *Prütting* (Fn. 8), 63; *Schwab* (Fn. 51), 462; *Baumgärtel* (Fn. 8), Rz. 68; *Laumen* (Fn. 54), Rz. 57.

<sup>75</sup> Siehe die Nachweise bei *Gottwald* (Fn. 7), 214, und *Wieczorek/Schütze-ZPO-Ahrens*, § 287 N 49.

Gegen diese weitgehend einhellige Meinung stellt sich *Weber*.<sup>76</sup> Zu Recht weist er darauf hin, dass der Wortlaut von § 287 ZPO eine Beweismaßreduktion nicht nahelegt. § 287 Abs. 1 ZPO sagt, wie § 286 Abs. 1 ZPO, dass das Gericht die Beweise „nach freier Überzeugung“ würdigt. Dass diese Überzeugung eine geringere ist als bei § 286 lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Vielmehr bedürfte die Auffassung, dass der gleiche Ausdruck in zwei aufeinanderfolgenden Bestimmungen zwei verschiedene Bedeutungen habe, einer eingehenden Begründung.<sup>77</sup> Dort, wo das Gesetz zweifellos eine Beweismaßreduktion anordnet, nämlich bei § 294 Abs. 1 ZPO, spricht es von „glaubhaft machen“ und gerade nicht von (freier) „Überzeugung“. Das Argument, bei § 287 Abs. 1 ZPO fehle der Ausdruck „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr zu erachten sei“,<sup>78</sup> vermag eine Beweismaßreduktion – verstanden als geringerer Grad richterlicher Überzeugung – nicht zu begründen. Die Wahrheit der tatsächlichen Behauptung ist der *Bezugspunkt* der Überzeugung, dieser Bezugspunkt aber sagt nichts zur notwendigen *Intensität* der Überzeugung.

Geht man davon aus, dass § 287 Abs. 1 ZPO eine Beweiserleichterung anordnet,<sup>79</sup> so muss diese in etwas anderem als einer Beweismaßreduktion bestehen. Was bei § 287 ZPO fehlt, ist die Passage aus § 286 Abs. 1 ZPO, wonach „unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme“ zu entscheiden ist. Dies deutet darauf hin, dass der Umfang der Beweisaufnahme beschränkt wird, dass der Richter im Bereich der Schadensermittlung den Sachverhalt also weniger detailliert erfassen muss.<sup>80</sup> Ein Grund dafür ist, dass beim Schadensbeweis die Aufklärung verhältnismäßig geringfügiger Differenzen zwischen den Parteien mit großem Aufwand verbunden sein kann (vgl. § 287 Abs. 2 ZPO, der die Vorschrift von § 287 Abs. 1 ZPO in solchen Fällen auch außerhalb des Schadensbeweises anwendbar erklärt). Ein zweiter Grund ist, dass für den Schadensbeweis häufig hypothetische Geschehensabläufe beurteilt werden müssen – wie wäre der Vermögensstand des Geschädigten ohne das schädigende Ereignis –, die sich nicht mit der gleichen Detaillierung wie ein historischer Sachverhalt erfassen lassen. Solche hypothetischen Geschehensabläufe können daher nur in groben Zügen erfasst werden.<sup>81</sup> „§ 287 ZPO reduziert [...] nicht das Beweismaß, sondern

---

76 *Weber* (Fn. 42), 197 ff.; siehe auch *Gottwald* (Fn. 7), 218 f., der insgesamt für ein flexibles Beweismaß eintritt und deshalb ein unterschiedliches Beweismaßes im Anwendungsbereich von § 287 ZPO für entbehrlich hält.

77 *Weber* (Fn. 42), 198.

78 MüKo-ZPO-Prütting, § 287 N 17.

79 Theoretisch wäre denkbar, dass § 287 eine Beweiserhöhung anordnet, aber dies wäre wenig sinnvoll, *Weber* (Fn. 42), 197.

80 *Gottwald* (Fn. 7), 218; *Weber* (Fn. 42), 201 f.

81 *Weber* (Fn. 42), 203.

den Beweisinhalt, die erforderliche inhaltliche Präzision und Detailgenauigkeit des Beweisergebnisses.“<sup>82</sup>

Gegen das Überwiegensprinzip wird weiter vorgebracht, das Gesetz sehe an zahlreichen Stellen durch die Verwendung des Ausdrucks „glaubhaft machen“ Beweismaßsenkungen vor.<sup>83</sup> Das Beweismaß der Glaubhaftmachung ist nach der weitaus herrschenden Meinung erfüllt, wenn „etwas mehr für das Vorliegen der Tatsache spricht als gegen sie“.<sup>84</sup> Wenn das Regelbeweismaß erfüllt ist, wenn die Tatsachenbehauptung nach der Überzeugung des Richters eher wahr als falsch ist, dann wären die zahlreichen Normen, die eine Beweismaßsenkung auf Glaubhaftmachung vorsehen, überflüssig. Das Argument wäre in der Tat bestechend, wenn unter der Lehre der überwiegenden Überzeugung Regelbeweismaß und Glaubhaftmachung dasselbe bedeuten würden.

Aus der Lehre von der überwiegenden Überzeugung folgt aber nicht, dass Glaubhaftmachung und Regelbeweismaß dasselbe sind. Wenn man mit der ganz herrschenden Lehre davon ausgeht, dass Glaubhaftmachung gegenüber dem Regelbeweismaß ein „minus“ ist, dann muss Glaubhaftmachung in einem System der überwiegenden Überzeugung als Regelbeweismaß weniger als eine subjektive Wahrscheinlichkeit von 50 % sein können. Nach dieser Auffassung kann eine Tatsache glaubhaft gemacht sein, wenn der Richter glaubt, dass sie eher *nicht* der Fall ist, als dass sie der Fall ist. Dieses Argument bedarf einer eingehenden Begründung, die hier aus Platzgründen nur verkürzt wiedergegeben werden kann.<sup>85</sup>

In aller Kürze ergibt sich aus der normativen Entscheidungstheorie, dass es rational ist, sich für eine Hypothese zu entscheiden, deren Wahrheit weniger wahrscheinlich ist als die der konkurrierenden Hypothese, wenn nur die Folgen, wenn sie sich als wahr herausstellt, schlimm genug sind (siehe das Beispiel der Bombendrohung im Schulhaus auf S. 345). Das Beweismaß der Glaubhaftmachung ist demnach – anders als das Regelbeweismaß – ein flexibles Beweismaß, wobei sich der Grad der notwendigen richterlichen Überzeugung aus den Fehlerkosten der Entscheidung (für oder wider den Antrag) ergibt. Dies wird, ohne die hier verwendete entscheidungstheoretische Terminologie, auch von der herrschenden Lehre vertre-

---

82 *Weber* (Fn. 42), 203; ebenso bereits *Gottwald* (Fn. 7), 218.

83 *Walter* (Fn. 51), 174; *Prütting* (Fn. 8), 79; *Weber* (Fn. 42), 140; *Laumen* (Fn. 54), Rz. 66.

84 *MüKo-ZPO-Prütting*, § 294 N 24 (Hervorhebung im Original).

85 Ausführlich *Schweizer* (Fn. 29), 550 ff.

ten. Lehre<sup>86</sup> wie auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung<sup>87</sup> unterscheiden beim Beweismaß der Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zwischen Verfügungen, die *de facto* die endgültige Befriedigung des Hauptanspruchs bewirken, und solchen, die das ordentliche Verfahren nicht präjudizieren. Dies ist Ausdruck des allgemeinen Prinzips, dass die Entscheidungsgrenze, verstanden als Überzeugungsgrad der Wahrheit der relevanten Tatsachenbehauptungen, von den relativen Kosten einer fälschlichen Anordnung (Fehler 1. Art) und einer fälschlichen Unterlassung der Anordnung (Fehler 2. Art) der beantragten Maßnahme abhängt. Anders als beim Regelbeweismaß, wo in der gesetzgeberischen Entscheidung, bei Vorliegen bestimmter Tatsachen ein subjektives Recht zu gewähren, bereits eine Entscheidung über die relativen Kosten eines Fehlurteils zu sehen ist (vorne, S. 254 ff.), können sich die Kosten eines Fehlers 1. und 2. Art bei der Glaubhaftmachung unterscheiden. Grunsky drückt dies für die Glaubhaftmachung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes wie folgt aus: „Drohen dem Antragsgegner bei Erlass der einstweiligen Verfügung Nachteile, die weit über die hinausgehen, die für den Antragsteller bei Abweisung des Verfügungsanspruchs entstehen, kann es geboten sein, die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs zu verschärfen. *Je gravierender der Eingriff ist, umso wahrscheinlicher muss es sein, dass er zu Recht erfolgt*, d. h. dass der Antragsteller in der Hauptsache obsiegt.“<sup>88</sup>

Wendet man dieses Prinzip konsequent an, so folgt daraus aber auch, dass es gerechtfertigt sein kann, einem Antrag stattzugeben, obwohl der Richter die Sachverhaltsbehauptungen, die ihm zugrunde liegen, in ihrer Gesamtheit für eher falsch als richtig hält. Dies ist beispielsweise bei der Glaubhaftmachung von Befangenheitsgründen in einem Ablehnungsgesuch (§ 44 Abs. 2 ZPO) der Fall. Die Folgen eines zu Unrecht abgewiesenen Ablehnungsgesuchs sind schwerwiegend. Wird der Fehler nicht entdeckt, wird der betroffenen Partei der verfassungsrechtliche (Art. 97 Abs. 1 GG) und menschenrechtliche (Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II) Anspruch auf ein unparteiisches Gericht endgültig verwehrt. Wird der Fehler erst nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens entdeckt, muss das gesamte Verfahren wiederholt werden (§ 579 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Die Folgen eines zu Unrecht gutgeheißenen Ablehnungsgesuches sind ebenfalls nicht

---

86 Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, 34, 90 f.; Leibold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1971, 96 ff. (auf anderer dogmatischer Grundlage); Scherer, Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung, 1996, 81 ff.; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl. 2011, § 935 N 9; MüKo-ZPO-Drescher, § 920 N 16; Zöller-ZPO-Greger, § 294 N 6; Zöller-ZPO-Vollkommer, § 935 N 8.

87 OLG Bamberg, OLGZ 71, 438, 439; LG Karlsruhe, FamRZ 1969, 41, 42.

88 Stein/Jonas-ZPO-Grunsky, § 935 N 9 (Hervorhebung durch den Verfasser).

trivial, da dadurch regelmäßig das Verfahren verzögert wird. Sie sind aber geringer zu gewichten als die Folgen eines Fehlers 2. Art. Deshalb kann es für die Glaubhaftmachung von Ablehnungsgründen genügen, dass diese mit einer subjektiven Wahrscheinlichkeit (Überzeugungsgrad) von deutlich weniger als 50 % vorliegen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die für die Glaubhaftmachung von Befangenheitsgründen deren „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ verlangt,<sup>89</sup> ist daher abzulehnen. Sie ist darauf zurückzuführen, dass der Bundesgerichtshof die im Rahmen von vorsorglichen *Leistungsverfügungen* entwickelte Formel von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auf die Glaubhaftmachung im Sinne von § 44 Abs. 2 ZPO übertragen hat.<sup>90</sup>

Eine vertiefte Untersuchung des Beweismaßes der Glaubhaftmachung ergibt daher, dass die Berücksichtigung der Fehlerkosten zur Bestimmung der Entscheidungsgrenze (Beweismaß) in Zivilsachen gelebtem Recht entspricht, wenn das Prinzip auch nicht immer ausdrücklich erwähnt wird.<sup>91</sup> Gesetzliche Beweismaßsenkungen, wie sie insbesondere durch den Begriff „glaubhaft machen“ angeordnet werden, können zu einer Entscheidungsgrenze von unter 50 % subjektiver Wahrscheinlichkeit führen. Dies ist durch die Minimierung der erwarteten Fehlerkosten gerechtfertigt, wenn die Kosten eines Fehlers 2. Art (fälschliche Nicht-Anordnung der Maßnahme) höher sind als die Kosten eines Fehlers 1. Art (fälschliche Anordnung der Maßnahme). Gesetzliche Beweismaßsenkungen durch bloße Glaubhaftmachung lassen sich daher zwanglos mit einem Regelbeweismaß der überwiegenden Überzeugung vereinbaren. Sie senken das Beweismaß bei gegebenen Voraussetzungen unter die überwiegende Überzeugung, die vom Regelbeweismaß verlangt wird.

Schließlich macht ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung auch die Regeln zur Verteilung der Beweislast nicht überflüssig.<sup>92</sup> Die überwiegende Überzeugung braucht auf jeden Fall Regeln der subjektiven Beweislast (Beweisführungslast), d. h. Regeln darüber, wer die Beweismittel vorlegen muss, denn sie ändert nichts an der Verhandlungsmaxime, und da es unter der Verhandlungsmaxime nicht die Aufgabe des Richters ist, die Beweismittel zu beschaffen, muss geregelt werden, welche Partei die Beweismittel vorlegen muss. Dieses Verständnis der Beweislast als Beweisführungslast ist historisch betrachtet das ältere und war im Zeitpunkt der Vorarbeiten zum BGB, aus dem sich gemäß herrschender Lehre die Beweis-

---

89 BGH, NJW-RR 2007, 776, 777; NJW-RR 2011, 136.

90 Dazu *Schweizer* (Fn. 29), 557 f.

91 Wie hier bereits AK-ZPO-*Rüßmann*, § 294 N 3; Stein/Jonas-ZPO-*Grunsky*, § 935 N 9; ähnlich MüKo-ZPO-*Drescher*, § 920 N 16; Zöller-ZPO-*Greger*, § 294 N 6.

92 Dieser Einwand wurde von *Prütting* (Fn. 8), 85; *Leipold* (Fn. 54), 8; *Grunsky/Jacoby* (Fn. 59), Rz. 549, und anderen gegen das Überwiegensprinzip vorgebracht.



lastregeln ergeben,<sup>93</sup> die einzig bekannte Form der Beweislast.<sup>94</sup> Die Lehre von der überwiegenden Überzeugung braucht aber auch Regeln über die objektive Beweislast für die Fälle, in denen sich beim besten Willen nicht sagen lässt, welcher Sachvortrag eher wahr ist.<sup>95</sup> Die Lehre von der überwiegenden Überzeugung führt sicher dazu, dass es weniger solche Fälle gibt als unter dem Regelbeweismaß der vollen Überzeugung,<sup>96</sup> aber das ist gerade ein Vorteil dieser Lehre: Beweislastentscheidungen sind oft unbefriedigend,<sup>97</sup> und die Verteilung der Beweislast häufig umstritten. Dass Beweislastentscheidungen unter dem Überwiegensprinzip seltener sind als unter einem Regelbeweismaß der vollen Überzeugung, wurde von Vertretern des ersteren daher zu Recht als Vorteil betrachtet.<sup>98</sup>

#### 5.4 Die teleologische Auslegung spricht für ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung

Während die übrigen Auslegungsmethoden zu keinem klaren Ergebnis führen, spricht die teleologische Auslegung für ein Regelbeweismaß der überwiegenden Überzeugung. Geht man mit der herrschenden Lehre davon aus, dass Zweck des Zivilprozesses die Durchsetzung des materiellen Rechts im Interesse der Parteien und die (endgültige) Lösung von Konflikten ist, so kann es kein anderes Beweismaß geben als das der überwiegenden Überzeugung, das diesen Zweck am besten verwirklicht. Erhöht man die Entscheidungsgrenze über dieses Maß hinaus auf die „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, so führt

---

93 Nach der herrschenden (modifizierten) Normentheorie ergibt sich die Beweislastverteilung aus dem Satzbau der anspruchsbegründenden Norm, statt aller *Rosenberg/Gottwald/Schwab* (Fn. 34), § 102 Rz. 8.

94 Die uns heute so geläufige Unterscheidung von objektiver und subjektiver Beweislast wurde popularisiert durch *Rosenbergs* Dissertation „Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung“ von 1900 (*Julius Glaser* hatte bereits 1883 zwischen objektiver [von ihm als „materiell“ bezeichnet] und subjektiver [„formeller“] Beweislast unterschied, *Glaser*, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, Bd. I, 1883, 85 ff.).

95 *Prütting* (Fn. 8), 68 f.; *Huber* (Fn. 7), 125.

96 Statt aller *Berger-Steiner* (Fn. 8), Rz. 5.126.

97 *Huber*, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1. Band, 1914, 28 f.; *Kasperek*, Die Lehre von der Beweislast als Lehre von der Urteilsfindung bei ungeklärtem Tatbestande, 1937, 68 ff.; *Musielak* (Fn. 41), 20, 291; *Arens*, in: *Dieckmann/Frank/Hanisch/Simitis* (Hg.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, 1986, 13, 13; *Weber* (Fn. 42), 183; a.M. *Prütting* (Fn. 8), 86; *Leipold* (Fn. 54), 8.

98 *Kegel*, in: *Biedenkopf/Coing/Mestmäcker* (Hg.), Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages am 12. September 1967, 1967, 321, 335; *Motsch*, in: *Klug/Ramm/Rittner/Schmiedel* (Hg.), Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, 1978, 334, 339; wohl auch *AK-ZPO-Rüßmann*, § 286 N 18.

dies dazu, dass zahlreiche tatsächlich bestehende Ansprüche nicht durchgesetzt werden können. Die optimale – unter Bedingungen der Unsicherheit bestmögliche – Durchsetzung des materiellen Rechts wird unter dem herrschenden Beweismaß der vollen Überzeugung verfehlt. Ein Beweismaß der überwiegenden Überzeugung ist daher nicht nur mit dem Gesetz vereinbar, sondern geradezu geboten.