

Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht

Von Dr. Moritz Brinkmann



Carl Heymanns Verlag

Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 121

Herausgegeben von Prof. Dr. Hanns Prütting



Carl Heymanns Verlag

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie, detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Funk- sendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben vorbehalten.

Verlag und Autoren übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

© Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · München 2005
50926 Köln
E-Mail: service@heymanns.com
<http://www.heymanns.com>

ISBN 3-452-26139-5

Satz: John + John, Köln
Druck und Verarbeitung: Gallus Druckerei KG Berlin

Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

Geleitwort

Die Schriftenreihe der »Prozessrechtlichen Abhandlungen« hat eine ehrwürdige Geschichte. Von *Pagenstecher* und *Rosenberg* vor 75 Jahren gegründet, ist sie später von *Bötticher* (bis 1963) und kurzfristig (1964) auch von *Bettermann* weitergeführt worden. Im Jahre 1970 hat *Gottfried Baumgärtel* die längere Zeit verwaiste Schriftenreihe übernommen und sie von Band 28 bis Band 62 zu neuer Blüte geführt. Im Jahre 1986 (ab Band 63) hat *Baumgärtel* sodann die Herausgeberschaft mir als seinem Lehrstuhlnachfolger überantwortet. Seither habe ich mich darum bemüht, das Prozessrecht durch die Herausgabe wertvoller prozessrechtlicher Arbeiten weiterhin intensiv zu fördern und die Schriftenreihe im Sinne der früheren Herausgeber zu pflegen. Naturgemäß waren es in der Regel Dissertationen, die mir zur Veröffentlichung vorlagen.

Demgegenüber ist die vorliegende Untersuchung eine Arbeit meines Habilitanden *Dr. Moritz Brinkmann*, der die Forschungen hierzu bei einem längeren Aufenthalt in Kanada betrieben hat. So ist es ihm gelungen, auf dem viel behandelten Gebiet des Beweismaßes und der Beweiswürdigung eine rechtsvergleichende Untersuchung zur richterlichen Überzeugung vorzulegen, die in meinen Augen den Stand der wissenschaftlichen Forschung und Erkenntnis ein erhebliches Stück voranbringt. Besonders hervorzuheben ist die Behandlung der vom *American Law Institute* und *UNIDROIT* entwickelten *Principles for Transnational Civil Procedure*. Die Arbeit zeigt, wie sich die in Principle 21.2 enthaltene Beweismaßregel einerseits in die kontinentaleuropäische und andererseits in die angloamerikanische Tradition einordnen lässt. Im Bereich des angloamerikanischen und vor allem des schwedischen Beweisrechts räumt die vorliegende Untersuchung dabei auch mit manchem tradiertem Vorurteil auf.

So stellt die vorliegende Arbeit eine große Bereicherung der Schriftenreihe dar.

Köln, im Juni 2005

Hanns Prütting

Vorwort

Wesentliche Teile dieser Schrift entstanden im Rahmen meines Aufenthalts an der McGill Universität in Montreal. Dem inspirierenden intellektuellen Klima der Fakultät und den dort vorhandenen hervorragenden Forschungsmöglichkeiten schuldet die Arbeit Vieles, und ich hoffe, dass sich in ihr ein wenig von dem akademischen Geist McGill's wiederfindet.

Daher bin ich besonders dankbar für die von der Studienstiftung des deutschen Volkes gewährte Förderung im Rahmen des Bucerius-Jura-Programms, die mir den Aufenthalt in Montreal ermöglichte.

Vielen anderen bin ich nicht nur durch diese Arbeit sehr zu Dank verpflichtet.

Genannt sei zunächst mein verehrter Lehrer, Herr Professor Dr. Hanns Prütting, der das Manuskript kritisch durchgesehen hat und dem ich auch für die Möglichkeit danken möchte, die Untersuchung in dieser Reihe zu veröffentlichen. Herrn Professor Dr. Herbert Kronke bin ich sehr für seine wohlwollende Förderung und seine wertvollen Hinweise im Zusammenhang mit der Entwicklung der *Principles for Transnational Civil Procedure* durch das ALI und UNIDROIT sehr verbunden. Von den Arbeiten der joint working group, habe ich bei meinen eigenen Überlegungen in hohem Maße profitiert.

Herrn Professor Dr. Christian Katzenmeier danke ich dafür, dass er mich ermutigte, das Thema des Beweismaßes aus rechtsvergleichender Sicht anzugehen. Für die ebenso kenntnis- wie gedankenreiche Kritik meiner Thesen schulde ich Herrn Marcel Mann großen Dank.

Nicht zuletzt danke ich meiner Frau Victoria für ihre Hilfe und Unterstützung bei den Korrekturen des Manuskripts in seinen verschiedenen Entwicklungsstadien.

Köln, im Juni 2005

Moritz Brinkmann

Abkürzungen

All E.R.	All England Law Reports
Am. B. Found. Res. J.	American Bar Foundation Research Journal
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Austr. L. Rev.	Australian Law Review
Brook L. Rev.	Brooklyn Law Review
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
CC	Code Civil
CCQ	Civil Code of Quebec
C.L.R.	Commonwealth Law Reports
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Civ. Just. Q.	Civil Justice Quarterly
CPP	Code de Procédure Pénale
Cr. App. Rep.	Criminal Appeal Reports
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
K.B.	King's Bench
Law & Soc. Rev.	Law and Society Review
L.J.Q.B.	Law Journal Reports King's Bench
Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J.	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal
NCCP	Nouveau Code de Procédure Civil
Nw. U. L.	Northwestern University Law Review
NZLR	New Zealand Law Reports
Q.B.	Queen's Bench
S.C.C.	Supreme Court Cases Canada
S.C.R.	Supreme Court Reports Canada
Scand. Stud. L.	Scandinavian Studies of Law

Abkürzungen

Sup. Ct.	Supreme Court
Syd. L. Rev.	Sydney Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Wisc. L. Rev.	Wisconsin Law Review

Für die Abkürzungen wird im Übrigen auf *Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 5. Auflage, Berlin/New York 2003, verwiesen.

Die Zitierweise der nicht-deutschsprachigen Literatur folgt dem *Canadian Guide to Uniform Legal Citation* (McGill Red Book), 5. Aufl., 2002.

Inhalt

Geleitwort	V
Vorwort	VII
Abkürzungen	IX
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Erkenntnistheoretische Grundlagen des Beweisrechts	5
I. Wahrheit im gerichtlichen Verfahren	6
II. Prozessuale Wahrheit als subjektiver Begriff	6
§ 3 Das Beweismaß und seine Stellung zwischen formellem und materiellem Recht	11
I. Beweismaß und standard of proof – begriffliche Unschärfen der herkömmlichen Definitionen	11
II. Prozessuale und materiellrechtliche Determinanten des Beweismaßes	12
1. Verfahrensrechtliche Einflüsse auf das Beweismaß	13
a) Adversarial versus inquisitorial?	13
b) Beweiswürdigung durch Berufsrichter oder Jury	14
c) Discovery-Procedure	16
2. Materiellrechtliche Determinanten des Beweismaßes	16
a) Festlegung der tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs durch das materielle Recht	17
b) Materiellrechtliche Sonderbeweismaßnormen	17
III. Die Beweislast – The Burden of Proof	18
1. Die objektive Beweislast –The persuasive burden	19
2. The Evidentiary Burden	20
IV. Zwischenergebnis	21
§ 4 Wahrscheinlichkeit als Bezugspunkt des Beweismaßes	23
I. Der Wahrscheinlichkeitsbegriff in bezug auf juristische Tatsachenfeststellungen	23

II.	»Proof on a Balance of Probabilities« – der anglo-amerikanische Rechtskreis	27
1.	Anwendungsbereich	27
2.	Konzeptioneller und praktischer Gehalt der Formel	29
3.	Flexibilität des Beweismaßes im common law	32
a)	Clear and Convincing Evidence – der US-amerikanische Ansatz	32
b)	Flexibilität des preponderance-Standards außerhalb der USA	33
III.	Das schwedische Överviktsprincip	35
IV.	Zusammenfassung	38
§ 5	Die richterliche Überzeugung als Bezugspunkt der deutschen und französischen Beweismaßformeln	41
I.	Das Beweismaß in deutschen Zivilverfahren	41
1.	Das Beweismaß nach § 286 ZPO	41
a)	Auslegung der Vorschrift durch den BGH	42
b)	Beweismaßtheorien in der Literatur	43
2.	Das Beweismaß in der Praxis: Die Überzeugung des Tatrichters – nur ein Lippenbekenntnis?	48
3.	Ausgewählte Beweiserleichterungen und ihre Bedeutung für das Beweismaß	51
a)	Nachweis der Schadenshöhe	52
b)	Die Glaubhaftmachung	53
c)	Das Beweismaß beim Anscheinsbeweis	54
d)	Ein Umriss der von deutschen Gerichten verwendeten Beweismaßtheorie	57
II.	Das Beweismaß im französischen Recht	58
III.	Zusammenfassung	59
§ 6	Eine einheitliche Beweismaßtheorie für das common und das civil law	61
I.	Die Überzeugung des Richters auf der Basis eines flexiblen Gesamtbeweiswerts	61
II.	Bedenken gegen ein flexibles Beweismaß	66
III.	Belege für die Einheitlichkeit der Beweismaßtheorie	71
1.	Beweismaßrelevanz der Beweislastregeln und abweichende Tatbestandsvoraussetzungen	72
2.	Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr	73
a)	Beweiserleichterungen und Umkehr der Beweislast im Bereich der Produkt- und Produzentenhaftung	74
b)	Arzthaftungsrecht	75
c)	Beweiserleichterungen bei Entwendungsversicherungen	77
d)	Zusammenfassung	78

3. Das Beweismaß im Internationalen Zivilverfahrensrecht und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	78
4. Die Synthese der Formeln durch die Principles of Transnational Civil Procedure des ALI und UNIDROIT	81
§ 7 Ein identisches Beweismaß trotz unterschiedlicher Formeln	85
§ 8 Zusammenfassung	89
Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur	93
Rechtsprechung	93
Englischsprachige Literatur	97
Deutschsprachige Literatur	102
Französischsprachige Literatur	107
Sachregister	109

§ 1 Einleitung

In kaum einem Prozess sind sämtliche Tatsachen zwischen den Parteien unstreitig, so dass es am Ende oft genug dem Gericht obliegt, zu entscheiden, welche Version der Ereignisse es seiner Entscheidung zu Grunde legt.

Der gerichtlichen Praxis bereitet die Frage, wann das Gericht ein behauptetes Faktum anzunehmen hat, dabei offenbar nur wenig Probleme. Umso schwieriger scheinen die zahlreichen rechts- und erkenntnistheoretischen Probleme zu sein, die mit diesem Institut verknüpft sind. Die Diskussion um das richtige Verständnis vom Beweismaß reicht im common law zurück bis zu Größen wie *Bentham*, *Thayer* oder *Wigmore*¹ und hat inzwischen einen beeindruckenden Grad an gedanklicher Abstraktion und Differenzierung erreicht. Traditionell wurde dem Beweismaß in Kontinentaleuropa von wissenschaftlicher Seite weniger Aufmerksamkeit gewidmet.² Seit einigen Jahrzehnten freilich wird gerade in Deutschland eine intensive literarische Auseinandersetzung zu dieser Frage geführt.³

Vor kurzem haben sich zwei US-amerikanische Autoren in pointierter Weise dem Thema aus rechtsvergleichender Sicht angenommen.⁴ *Kevin M. Clermont* und *Emily Sherwin* kommen zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich des Beweismaßes im Zivilprozess eine »odd difference between common law and civilian procedures« existiere.⁵ Ihr Befund, dass das civil law ein sehr viel höheres, an der Wahrheit orientiertes, Beweismaß habe, stimmt durchaus mit der gängigen Ansicht kontinentaleuropäischer Wissenschaftler überein. Der Erklärung, die *Clermont* und *Sherwin* hierfür finden, nämlich dass das civil law »seeks the

1 Einen Überblick über die historische Entwicklung des Beweisrechts im common law gibt *William Twining*, *Well and Truly Tried* (1982), S. 211 ff.

2 Vgl. auch *Gerhard Walter*, *Freie Beweiswürdigung* (1979), S. 159.

3 Siehe nur *Per Olof Ekelöf*, ZZZ 75 (1962), 289 ff.; *Gerhard Kegel*, in: Festgabe für Heinrich Kronstein (1967), S. 331 ff.; *Hans-Joachim Musielak*, in: Festschrift für *Gerhard Kegel* (1977), S. 451 ff.; *Bernhard Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadenersatzprozeß (1976); *Peter Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung (1979); *Gerhard Walter*, *Freie Beweiswürdigung* (1979); *Hanns Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983); *Michael Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozess (1983); *Ernst Ludwig Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen (1983); *Richard Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis (1983); *Dieter Leibold*, Beweismaß und Beweislast (1985); *Joachim Schulz*, Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie (1992); *Helmut Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß (1997); *Arno Scherzberg*, ZZZ 117 (2004), 163 ff.; *Christian Katzenmeier*, ZZZ 117 (2004), 187 ff.; *Gunter Deppenkemper*, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis (2004).

4 *Kevin M. Clermont & Emily Sherwin*, (2002) 50 Am. J. Comp. L., 243 ff.

5 A.a.O., 244.

legitimizing benefits of the myth that their courts act only on true facts and not on mere probabilities«⁶, wird in Europa so freilich nicht zugestimmt. *Michele Taruffo* hat in seiner Antwort einige der Unzulänglichkeiten und Vereinfachungen dargelegt, an denen der Beitrag von *Clermont/Sherwin* leidet.⁷ Seine Einwände gegen Methodik und Ergebnis der Untersuchung sollen hier nicht wiederholt werden.

Ziel dieser Schrift ist es vielmehr, eine detaillierte rechtsvergleichende Untersuchung des Beweismaßes vorzunehmen, an deren Ende die Einsicht stehen wird, dass die von *Clermont/Sherwin* konstatierten »odd differences« zwischen den Rechtskreisen in erster Linie semantischer Art sind und gerade nicht auf konzeptionellen Unterschieden beruhen. Es wird zu zeigen sein, dass die scheinbar so unterschiedlichen Konzepte von »richterlicher Überzeugung« oder »intime conviction« in Kontinentaleuropa und »balance of probabilities« im common law in Wahrheit lediglich zwei Seiten derselben Medaille sind. Die Unterschiede in den Beweismaßformeln stellen sich insofern eher als »a matter of words« dar.⁸ Wie sich sprachlich das beiden Rechtsfamilien gemeinsame Konzept unter Berücksichtigung der traditionellen Formulierungen dies- und jenseits des Ärmelkanals ausdrücken lässt, zeigen die *Principles of Transnational Civil Procedure* in eindrucksvoller Weise, die von Wissenschaftlern aus beiden Rechtskreisen im Rahmen einer Kooperation des American Law Institutes (ALI) und UNIDROIT entwickelt wurden.⁹

Jede rechtsvergleichende Untersuchung hat zu berücksichtigen, dass »cross-cultural communication invites exchange of stereotypes.«¹⁰ Die Versuchung, Worte statt der durch sie in Bezug genommenen Konzepte zu vergleichen, ist gerade in Bezug auf das Beweismaß besonders groß.¹¹ Denn alle Rechtsordnungen haben Formeln entwickelt, mit denen sie den hochgradig intuitiven Prozess der Beweiswürdigung rechtlich zu erfassen suchen. Diese Formeln dürfen aber nicht mit den dahinter stehenden Konzepten gleichgesetzt werden, geht es doch nicht darum, Begrifflichkeiten zu vergleichen, sondern Unterschiede und Übereinstimmungen der von Wissenschaft und Praxis verwendeten Theorien aufzudecken. Gerade rechtsvergleichende Arbeiten zum Beweismaß haben es oft dabei bewenden lassen, das Beweismaß der jeweils anderen Rechtsordnung anhand der dort verwendeten Formulierung zu untersuchen, wobei oft wie selbst-

6 A.a.O., 274 f.

7 *Michele Taruffo*, (2003) 51 Am. J. Comp. L., 659 ff.

8 Ebenso schon das Ergebnis von *Gottwald*, in: Festschrift für *Dieter Henrich* (2000), S. 165, 176, der hier die Formulierung von *Lord Denning* in *Bater v. Bater* ([1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), 459.) aufgreift. *Lord Denning* bezieht sich dort freilich auf den Unterschied der Beweismaßformeln des englischen Rechts im Straf- und im Zivilprozess.

9 Hierzu näher auf S. 81 ff.

10 *William Twining*, *Rethinking Evidence* (1990), S. 178.

11 Zu den Risiken und Schwierigkeiten bei der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Verfahrensrechts *Hein Kötz*, (2003) 13 Duke J. of Comp. & Int. L., 61 ff.

verständlich davon ausgegangen wird, dass das Begriffsverständnis in der fremden Rechtsordnung dem eigenen entspricht. Sofern beispielsweise in der Beweismaßdiskussion im common law Wörter wie »probability«, »conviction«, »certainty« und »doubts« verwendet werden, ist zu überprüfen, ob dasselbe gemeint ist, wenn ein deutscher Jurist von »Wahrscheinlichkeit«, »Überzeugung«, »Gewissheit« und »Zweifel« spricht. Schon an dieser Stelle ist daher davor zu warnen, den gerade in der US-amerikanischen Literatur und Rechtsprechung verwendeten Ausdruck »belief« ohne Weiteres mit »Glauben« gleichzusetzen. Denn »belief« wird zwar umgangssprachlich auch zur Bezeichnung religiöser oder transzendenter Ansichten verwendet werden, dem Ausdruck ist jedoch die Nichterweislichkeit der fraglichen Tatsache nicht begriffseigen, wie dies beim deutschen »Glauben« der Fall ist. Insofern wird man »belief« in vielen Fällen mit »Überzeugung« zu übersetzen haben.

Eine exakte Beweismaßregel zu formulieren, ist freilich mehr als ein semantisches Glasperlenspiel.¹² Das Beweismaß gibt den Maßstab dafür, wie schwierig es für eine Partei ist, die Tatsachen zu beweisen, aus denen sich der von ihr geltend gemachte Anspruch ergibt. Insofern ist das Beweismaß mitentscheidend für die Verteilung des Prozessrisikos.¹³ Die Bedeutung des Beweismaßes und seines siamesischen Zwillinges der Beweislast kann kaum treffender ausgedrückt werden als mit den Worten von *James P. McBaine*:¹⁴

»No lawsuit can be decided, rationally, without the application of the commonplace concept of the burden of proof – the duty to persuade – or as is sometimes otherwise stated the risk of non-persuasion. Nor can any legal system be praised for practicability if there exists vagueness, uncertainty or confusion as to the scope or extent of the burden, or if the language commonly employed to describe its scope or extent is not easily comprehensible to those whose duty it is to determine whether the burden has been sustained.«

Es ist das Anliegen dieser Untersuchung, zu zeigen, dass in dieser beweisrechtlichen Kernfrage entgegen der herkömmlichen Auffassung¹⁵ weder konzeptionelle noch graduelle Unterschiede zwischen den verglichenen Rechtskreisen bestehen. Ein anderer Befund wäre in der Tat äußerst überraschend, wenn man sich darüber klar wird, dass bei der Bestimmung des Beweismaßes in erster Linie Kognitionsprobleme und erst in zweiter Linie normative Probleme zu lösen sind.¹⁶

12 *Addington v. Texas* (1979), 441 U.S. 418, 425: »The adoption of a standard of proof is more than a semantic exercise.«

13 Vgl. *Reinhold Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (2001), Rdn. 2336; *Minna Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile (2002).

14 *James P. McBaine*, (1944) 32 Cal. L. Rev., 242.

15 Vgl. z.B. *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rdn. 2335; *Haimo Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (2002), Rdn. 695; *Katzenmeier*, ZVP 117 (2004), 187 ff.

16 Vgl. auch *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, S. 189 f.

§ 2 Erkenntnistheoretische Grundlagen des Beweisrechts

Die gerichtliche Tatsachenfeststellung dient dazu, festzustellen, wie die Dinge sich wirklich abgespielt haben. Der gerichtliche Beweis dient also der Konstruktion einer historischen Realität für den Prozess. Deren Feststellung wird oftmals dadurch erschwert, dass es vor Gericht regelmäßig um solche Sachverhalte geht, die nicht Gegenstand der Wahrnehmung durch den Richter bzw. den einzelnen Juror waren. Privat erlangtes Wissen des Richters wäre jedenfalls in Deutschland aufgrund des Verhandlungsgrundsatzes ohnehin nicht zu berücksichtigen. Zu diesem Zweck liefert das Beweisrecht das Verfahren und die Regeln, anhand derer der Richter bzw. die Jury die Wahrheit der Tatsachenbehauptungen der Parteien zu überprüfen hat. Insofern ist die Wahrheitsfindung der inhärente Zweck jedes Beweisrechts.¹⁷

Diese funktionale Einordnung ist ein gemeinsames Merkmal aller hier untersuchten Rechtsordnungen.¹⁸ So lautet die Auslegungsregel (Rule 102) zu den American Federal Evidence Rules:

»These rules shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence *to the end that the truth may be ascertained* and proceedings justly determined.«¹⁹

Dasselbe Kriterium wird in § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO angesprochen, wenn es dort heißt, dass das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden habe, ob eine tatsächliche Behauptung für *wahr* zu erachten sei.

17 Vgl. auch *Reinhard Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit (1978), S. 2. Die prozesuale Wahrheitsfindung erfolgt freilich nicht um jeden Preis. Regeln wie etwa die Zeugnisverweigerungsrechte, §§ 383 ff ZPO, (»privilege rules«) stellen den Schutz der erfassten Beziehungen gerade über das Ziel der Feststellung der Wahrheit.

18 *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, S. 33 f. Vgl. auch *Taruffo*, (2003) 51 Am. J. Comp. L., 659, 674 ff., der allerdings die Wahrheitsfeststellung als Zweck des gesamten Zivilprozesses beschreibt. Dies erscheint im Hinblick auf die Herrschaft der Parteien über den Prozessstoff und angesichts von § 278 Abs. 1 ZPO fraglich.

19 Hervorhebung durch den Autor. Zu diesem intrinsischen Zweck des Beweisrechts in Kanada vergleiche *John Sopinka, Sidney N. Lederman & Alan W. Bryant*, The Law of Evidence in Canada (1999), S. 3.

I. Wahrheit im gerichtlichen Verfahren

Üblicherweise wird im Rahmen gerichtlicher Tatsachenfeststellung die sogenannte Korrespondenztheorie zur Bestimmung des Wahrheitsbegriffs verwendet. Hiernach ist Wahrheit die Übereinstimmung einer Behauptung mit der Realität.²⁰ Aus diesem Wahrheitsbegriff, den auch die vorliegende Untersuchung verwendet, folgt unter anderem, dass man die Kategorie Wahrheit nur in Bezug auf Behauptungen über Tatsachen verwenden kann und damit weder in Bezug auf normative Aussagen noch in Zusammenhang mit Fakten an sich.²¹ Denn ein Faktum existiert entweder oder es existiert nicht, es kann aber nicht wahr im Sinne der Korrespondenztheorie sein.

II. Prozessuale Wahrheit als subjektiver Begriff

Weil nach der Korrespondenztheorie das Attribut wahr die Richtigkeit einer Aussage über die Wirklichkeit beschreibt, hängt die Antwort auf die Frage, ob Wahrheit ein objektiver Begriff ist, entscheidend davon ab, wie man Wirklichkeit oder Realität definiert. Hier wird sich zeigen, dass ein rein naturwissenschaftlicher Wirklichkeitsbegriff für die Zwecke der gerichtlichen Tatsachenfeststellung untauglich wäre. Schon von daher kann der prozessuale Wahrheitsbegriff keine naturwissenschaftlich-objektive Kategorie sein.

Die Wirklichkeit²², die es für einen Prozess festzustellen gilt, umfasst zum Einen solche Phänomene, deren Vorliegen mit den Mitteln der Naturwissenschaft festgestellt werden kann: Ob die Ampel Rot zeigte, als das Auto in die Kreuzung einfuhr, ist eine naturwissenschaftliche Frage, da die Farbe Rot nichts anderes als die Bezeichnung einer bestimmten Frequenz des Lichts darstellt. Zum

20 Vgl. zur Korrespondenztheorie *Alfred Tarski*; *Logic, Semantic, Mathematics* (1956); *Karl Popper*, *Objektive Erkenntnis* (1973), S. 57 ff. Die Korrespondenztheorie wird für die gerichtliche Tatsachenfeststellung unter anderem verwendet von *Mirjan Damaška*, (1998) 49 *Hastings L.J.*, 289, 291; *ders.*, *Evidence Law Adrift* (1997), S. 94; *Helmut Rießmann* in *AK ZPO*, § 286 Rdn. 14; *Stelios Koussoulis*, in *Festschrift für Karl Heinz Schwab* (1990), S. 276, 280; *Gräns*, *Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile*, S. 44.

21 *Weber*, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß*, S. 14.

22 Vollkommen untauglich für die Zwecke juristischer Tatsachenfeststellung ist jeder postmoderne Realitätsbegriff, nachdem es eine Wirklichkeit außerhalb dessen, was wir durch unsere Sprache ausdrücken, nicht gibt. (Vgl. z.B. *Hayden White*, in: *Tropics of Discourse* (1978), S. 45). Nach einer solchen Vorstellung wäre das Anliegen jedes Beweisverfahrens, die Feststellung wie es wirklich gewesen ist, sinnlos. Gerichtliche Tatsachenermittlung würde sich selbst ad absurdum führen. Vgl. *William Twining*, *Theories of Evidence* (1985), S. 13; *Damaška*, (1998) 49 *Hastings L.J.* 289, 290.

Anderen gehören zu der im Rahmen eines Prozesses festzustellenden Wirklichkeit aber auch solche Phänomene, die nicht in der äußeren Natur wurzeln, sondern ihre Faktizität nur aus einer gesellschaftlichen Übereinkunft beziehen. Hierzu gehört beispielsweise die Frage, an welchem Wochentag ein bestimmtes Ereignis stattgefunden hat. Denn Montag oder Dienstag sind keine Zeitangaben mit naturwissenschaftlicher Dimension. Die Einteilung eines Monats in Wochen und die Bezeichnung und Reihenfolge der Wochentage beruht vielmehr allein auf gesellschaftlicher Übereinkunft. Da der juristische Realitätsbegriff auch solche nicht-naturwissenschaftlichen Elemente (soziale Tatsachen) umfasst, muss der Wahrheitsbegriff zwangsläufig auch eine subjektive Komponente besitzen. Denn es kann keine objektive Wahrheit geben, wenn die Wirklichkeit auch aus nicht-objektiven Tatsachen besteht. Solange freilich die Übereinstimmung hinsichtlich sozialer Tatsachen innerhalb einer Gesellschaft sehr hoch ist – wie beispielsweise hinsichtlich Namen und Reihenfolge der Wochentage – so entstehen aus diesem Zusammenhang keine gravierenden Schwierigkeiten. Insofern gilt: An »ontologically subjective matter can be epistemically objective«. ²³ Zuweilen mögen in einem Verfahren aber auch Fragen eine Rolle spielen, die weder naturwissenschaftlich nachweisbar noch Gegenstand einer allgemein geteilten sozialen Anschauung sind. Regelmäßig wird dies der Fall sein, sofern es um normative Tatbestandsmerkmale geht. In derartigen Fällen ist es die persönliche Anschauung des Richters, die darüber entscheidet, was wirklich ist und was nicht. ²⁴

Auch weil das menschliche Wissen begrenzt ist, ist es ausgeschlossen, im Prozess von einer objektiven Wahrheit zu sprechen. Gerade in Bezug auf naturwissenschaftliche Zusammenhänge muss man sich immer bewusst sein, dass Erkenntnisfortschritt die Wahrheiten von heute morgen als Irrlehren erweisen kann. Dies ändert allerdings nichts daran, dass wir diese Irrlehren für die Zwecke des Prozesses heute als richtig behandeln dürfen.

Schließlich wird das Maß an erreichbarer Objektivität hinsichtlich der als wahr festgestellten Tatsachenbehauptungen durch die Begrenztheit der im Prozess verfügbaren Ressourcen beeinträchtigt. ²⁵ In einigen Fällen ist es zu zeit- aufwändig, zu kostspielig oder schlicht unmöglich, weiteres, theoretisch vorhandenes Beweismaterial heranzuziehen. Insofern beruhen Feststellungen in Bezug auf historische Vorgänge regelmäßig auf einer unvollständigen Beweisgrundlage, so dass wir uns mit einer mehr oder weniger genauen Vorstellung von dem begnügen müssen, was sich wirklich ereignet hat. ²⁶

Die dargestellten Einflüsse beeinträchtigen den Grad an naturwissenschaftlicher Genauigkeit, mit dem im Alltag wie im Prozess Aussagen über die Wahr-

23 *Damaška*, a.a.O., 292.

24 *Damaška*, a.a.O.

25 *McBaine*, (1944) 32 Cal. L. Rev., 242, 246.

26 *Kegel*, in: Festgabe für *Heinrich Kronstein*, S. 331, 335; *V. C. Ball*, (1961) 14 Vand. L. Rev. 807.

heit tatsächlicher Behauptungen gemacht werden können. Wenn wir versuchen, diesen erkenntnistheoretischen Befund mit dem oben formulierten Ziel der Wahrheitsfeststellung durch das Beweisverfahren in Einklang zu bringen, so gibt es zwei mögliche Lösungen. Man kann entweder Wahrheit als Zweck gerichtlicher Tatsachenfeststellung von der absoluten Wahrheit unterscheiden oder den absoluten Wahrheitsbegriff beibehalten und einräumen, dass dieser im gerichtlichen Verfahren oft das unerreichbare Ideal bleiben wird.²⁷

Der zweite Ansatz hat die Konsequenz, dass die einschlägigen Formulierungen in den Gesetzen und Entscheidungen, die auf die Wahrheit einer Behauptung Bezug nehmen, nicht vollkommen genau wären oder wenigstens präventiv erscheinen müssen, da die Ermittlung der Wahrheit zwar der Zweck aber nicht notwendig auch das Ergebnis gerichtlicher Tatsachenfeststellung wäre.

Der erstgenannte Ansatz gibt zwar insofern das Konzept von Wahrheit als einem absoluten Begriff auf. Denn nach ihm ist zwischen dem zu unterscheiden, was sich wirklich ereignet hat und dem Sachverhalt, den wir für den Prozess als real annehmen. Insofern wird oft auch von einer prozessualen Wahrheit oder *judicial truth*²⁸ gesprochen. Hiernach gilt: »(W)hat is really true need not be square with what has been decided to be true.«²⁹ Da dieses Begriffsverständnis aber ein Auseinanderfallen von Zweck und Ergebnis prozessualer Tatsachenfeststellung vermeidet, wird auch im Folgenden der prozessuale Wahrheitsbegriff verwendet. Er hat im Übrigen den entscheidenden Vorteil, dass er es erlaubt, zwischen der Rechtfertigung für eine bestimmte Beweiswürdigung und der eigentlichen Wahrheit zu unterscheiden. Die prozessual festgestellte Wahrheit bezieht ihre Rechtfertigung nicht daraus, dass sie der tatsächlichen Wahrheit entspricht, sondern aus dem Gesichtspunkt, dass sie im Zuge eines rechtsförmigen Verfahrens ermittelt wurde.

Da insofern Wahrheit jedenfalls im Prozess eine aus mehreren Gründen subjektiv determinierte Kategorie ist, sehen alle hier verglichenen Rechtsordnungen Mechanismen vor, die verhindern, dass die Sachverhaltsfeststellung zu sehr von persönlichen Eigenarten und individuellen Ansichten der hierfür zuständigen Personen beeinflusst wird. Im kontinentaleuropäischen Rechtsraum ist dies in erster Linie die Begründungspflicht (vgl. § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO), durch die der Richter gezwungen wird, seine Entscheidung für Dritte nachvollziehbar zu machen.³⁰ Im herkömmlichen common law Prozess unter Beteiligung einer Jury

27 *Briginshaw v. Briginshaw* (1938), 60 C.L.R. 336, 360. *McCormick*, vol. 2 § 339 Rdn. 423; *Philippe Théry*, (1996) 23 *Droits*, 41, 46.

28 *V. C. Ball*, (1961) 14 *Vand. L. Rev.* 807, 808.

29 *Damaška*, (1998) 49 *Hastings L.J.* 289, 295. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Wahrheitsbegriff siehe *Alvin I. Goldman*, *Epistemology and Cognition* (1986), S. 142–161.

30 Vgl. BVerfG WoM 1994, 187; BGH VersR 1994, 163; *Weber*, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, S. 162, der auch die verfassungsrechtliche Dimension aufzeigt. Das

ergehen die tatsächlichen Entscheidungen der Jury zwar ohne Begründung, jedoch kann die nächsthöhere Instanz die Entscheidung aufheben, wenn sie der Ansicht ist, dass das Urteil der Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht einen »manifest, palpable error«³¹ habe. In vergleichbarer Weise kann auch nach deutschem Recht das Revisionsgericht das vorinstanzliche Urteil auf die Verletzung von Sätzen der Logik oder von allgemeinen Erfahrungssätzen überprüfen.³² Insofern sichern sowohl die Begründungspflicht hinsichtlich der Beweiswürdigung wie auch deren (beschränkte) Überprüfbarkeit durch das Rechtsmittelgericht ein Mindestmaß an Objektivität in dem im Übrigen von Natur aus subjektiven Vorgang gerichtlicher Wahrheitsfeststellung.

Kriterium der Nachvollziehbarkeit wird auch von *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 325 verwendet.

31 So die Formulierung des Standards für die Überprüfung in der Rechtsmittelinstanz in Kanada, vgl. *Lapointe v. Hopital Le Gardeur* (No. 1), [1992] 1 S.C.R. 351, 359.

32 RGZ 99, 70 (71); BGHZ 12, 22, 25; BGH NJW-RR 1993, 653; *Wenzel* in MüKo-ZPO, § 546 Rdn. 5; *Stein-Jonas-Grunsky*, § 549 Rdnr. 13.

§ 3 Das Beweismaß und seine Stellung zwischen formellem und materiellem Recht

I. Beweismaß und standard of proof – begriffliche Unschärfen der herkömmlichen Definitionen

Das Beweismaß legt nach herkömmlichem Verständnis die Grenze fest, ab der der Richter oder die Jury den Beweis als geführt erachten darf. Wie sehr gerade die rechtsvergleichende Diskussion um das Beweismaß auch unter sprachlichen Ungenauigkeiten leidet, zeigt sich, wenn man untersucht, worauf sich denn diese Grenze oder Schwelle bezieht. Denn der deutsche Ausdruck Beweismaß wird ebenso wie die englischen Formulierungen *standard of proof* und *quantum of proof* sowohl verwendet, um die nötige Überzeugungskraft der vorgelegten Beweise zu bezeichnen, wie um den nötigen Grad an Überzeugung auf Seiten des Richters oder Jurors zu beschreiben.³³ Der Ausdruck besitzt insofern zwei komplementäre Bedeutungen: Soweit die nötige Stärke der Beweismittel angesprochen ist, geht es um Phänomene der Außenwelt; wogegen es um subjektive Einschätzungen geht, sofern mit ihm der nötige Grad an Überzeugung bezeichnet wird. Auf diese Unschärfe des Begriffs »Beweismaß« wird zurückzukommen sein, lassen sich hierauf doch auch weite Teile des deutschen Streits um einen objektiven oder subjektiven Beweismaßbegriff zurückführen.³⁴

Die definitorischen Probleme des Beweismaßbegriffs werden besonders deutlich, wenn man sich kurz die unterschiedlichen im common law verwendeten Beweismaßformeln vergegenwärtigt: In Zivilverfahren wird üblicherweise das Beweismaß mit »preponderance of the evidence« angegeben. Danach genügt also ein Überwiegen der Beweise. Während sich diese Formel ersichtlich auf die vorgelegten Beweismittel bezieht, geht es bei der in Strafverfahren verwendeten Formel »beyond a reasonable doubt« nicht um die Beweismittel selbst, sondern vielmehr um den Grad der Überzeugung desjenigen, der die Beweise würdigt. Ähnlich betonen auch die herkömmlichen Formeln im deutschen und im französischen Recht die innere Überzeugung des Richters als entscheidendes Kriterium. Und auch US-amerikanische Autoren betonen die Bedeutung der in-

33 Vgl. *Ralph K. Winter*, [1971] *Law & Soc. Rev.* 335, 339.

34 Siehe hierzu S. 43 ff.

neren Überzeugung, wenn es um die Formulierung von Anweisungen für Jury-Mitglieder geht.³⁵

Einige deutsche Autoren vermeiden diese sprachlichen Ungenauigkeiten, indem sie zur Bezeichnung der Überzeugungskraft der Beweismittel insgesamt den Begriff »Gesamtbeweiswert« verwenden und den Begriff »Beweismaß« nur auf die innere Überzeugung des Richters beziehen.³⁶ Der Ausdruck »Gesamtbeweiswert« ist jedoch ungebräuchlich geblieben, so dass auch in der deutschen Diskussion begriffliche Unschärfen zu verzeichnen sind.³⁷

Obwohl die Unterscheidung zwischen der Qualität der Beweismittel und der Stärke der auf dieser Grundlage gebildeten Überzeugung des Richters von fundamentaler Bedeutung für das Verständnis des Beweismaßes zu sein scheint, erfährt diese Mehrdeutigkeit des Beweismaßbegriffs verhältnismäßig wenig Beachtung. An dieser Stelle soll noch nicht versucht werden, diese scheinbar so gegensätzlichen Aspekte des Beweismaßbegriffs miteinander zu verknüpfen. Es geht hier nur darum zu zeigen, dass es zu kurz gegriffen wäre, lediglich die zu seiner Ausfüllung entwickelten Formeln zu vergleichen. Denn deren Vergleichbarkeit leidet unter anderem darunter, dass sie verwendet werden, um ganz unterschiedliche Dimensionen des Beweismaßes zu beschreiben.

II. Prozessuale und materiellrechtliche Determinanten des Beweismaßes

Dem Beweismaß erkenntnistheoretisch und juristisch Herr zu werden, wird nicht nur dadurch erschwert, dass der Beweismaßbegriff zur Beschreibung innerer wie äußerer Kategorien verwendet wird, sondern auch dadurch, dass das Beweisrecht im Allgemeinen und das Beweismaß im Besonderen wie wenige andere Rechtgebiete sowohl von materiellen wie von prozessualen Faktoren beeinflusst wird.³⁸

35 *McBaine*, (1944) 32 Cal. L. Rev., 242, 247: »The degree of belief which should exist before it may be concluded that an assertion of fact is true is the element in the fact-finding problem which must be emphasized and made plain.«

36 Vgl. *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 85.

37 Vgl. z.B. *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, S. 1; *Michael G. Perband*, Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Zivilprozeß (§ 286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (2003), S. 96.

38 Dieses Problem spiegelt sich auch im IZPR wieder: Für eine materiellrechtliche Anknüpfung *C. Paulus*, in: Festschrift für *Walter Gerhardt*, 748 ff. Anders *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rdn. 695, der die Frage, ob das Beweismaß der *lex fori* oder der *lex causae* zu entnehmen sei, als die »wohl schwierigste Frage des internationalen Beweisrechts« bezeichnet und diese zu Gunsten der verfahrensrechtlichen Anknüpfung entscheidet.

1. Verfahrensrechtliche Einflüsse auf das Beweismaß

Prozessuale Regelungen erschöpfen sich nicht in Formalitäten, sie sind im Gegenteil oft Ausdruck der herrschenden Rechtskultur.³⁹ Gerade zwischen dem US-amerikanischen Zivilprozess und dem Zivilverfahren kontinentaleuropäischer Prägung gibt es in dieser Hinsicht erhebliche Unterschiede,⁴⁰ die zum Teil wenigstens potentiell Auswirkungen auf das verwendete Beweismaß haben könnten und deswegen kurz in Erinnerung gerufen werden sollen.

a) Adversarial versus inquisitorial?

In einer Hinsicht allerdings dürften die kulturellen Unterschiede der Verfahrensordnungen geringer sein, als man glauben könnte, wenn man die (US-amerikanische) Diskussion um Vor- und Nachteile eines adversarial oder eines inquisitorial ausgestalteten Verfahrens betrachtet. Traditionell wird das gerichtliche Verfahren kontinentaleuropäischer Prägung von amerikanischen Prozessualisten als »inquisitorial« beschrieben, während sie den Prozess des common law mit dem Ausdruck »adversarial« belegen.⁴¹ Unabhängig davon, ob diese Kategorisierung wenigstens für das Strafverfahren zu überzeugen vermag, erscheint die Bezeichnung »inquisitorial« jedenfalls für das deutsche Zivilverfahren wenig treffend.⁴²

Mit diesem Attribut soll ausgedrückt werden, dass das Verfahren weitgehend in der Hand des Richters liegt und der Herrschaft der Parteien entzogen ist. Diese Einordnung steht offensichtlich im Widerspruch sowohl zur Dispositions- wie zur Beibringungsmaxime der ZPO. Auch wenn die Leitung des Verfahrens dem Richter obliegt, er die Zeugen vernimmt und die Parteien nur in den Grenzen von § 397 ZPO Frage stellen können und auch wenn die Auswahl eines Sachverständigen durch das Gericht erfolgt, so haben doch die Parteien theoretisch wie praktisch einen weitaus größeren Einfluss auf den Beginn, die Durchführung und die Beendigung des Verfahrens als weite Teile der US-ameri-

39 Vgl. *Watson et al.*, *The Civil Litigation Process*, S. 287.

40 *Mirjan R. Damaška*, *The Faces of Justice and State Authority* (1986).

41 Vgl. zu dieser Kennzeichnung *John H. Langbein*, *The German Advantage in Civil Procedure*, (1985) 52 *U. Chi. L. Rev.* 823 ff; *ders.* »Legal Institutions: Trashing the German Advantage« (1988) 82 *Nw. U. L. Rev.* 763 ff. *Langbein* beschreibt das deutsche Zivilverfahren in der Tat als recht »inquisitorial«, also als stark vom Richter dominiert. Der Einfluss *Langbeins* wird beispielsweise bei *Howard M. Erichson*, *Mass Tort Litigation and Inquisitorial Justice*, (1999) 87 *Geo. L. J.* 1983 ff., deutlich, der in seiner Studie über das deutsche Zivilverfahren auf die Ergebnisse von *Langbein* zurückgreift.

42 Vgl. Introduction to the ALI/UNIDROIT Principles and Rules for Transnational Civil Procedure, [2001] *Unif. L. Rev.* 1035, 1043: »(T)hese differences are of degree, and the degrees of differences have diminished in the modern era.«

kanischen Literatur zum deutschen Zivilverfahrensrecht glauben machen möchten.⁴³

Insofern sollten Gründe für etwaige Unterschiede im Beweismaß zwischen common und (deutschem) civil law jedenfalls nicht im – angeblich – inquisitorial ausgestalteten Verfahren des civil law gesucht werden. Diese Unterscheidung scheint in der Tat »largely mythical«⁴⁴ zu sein.

b) Beweiswürdigung durch Berufsrichter oder Jury

Grundsätzlich Anderes gilt dagegen bezüglich der im common law traditionell im ungleich stärkeren Maße vorgesehenen Beteiligung juristischer Laien an der Sachverhaltsfeststellung. Denn einen großen Teil der beweisrechtlichen Regeln des common law kann man nur verstehen, wenn man die Besonderheiten des Jury-Verfahrens berücksichtigt. Freilich sind Juries heute in fast allen common law Rechtsordnungen jedenfalls in Zivilverfahren die Ausnahme: In England gibt es eine Jury nur noch in solchen Verfahren, in denen es um Betrug, Ehr- oder Freiheitsverletzungsdelikte geht. Und auch hier ist ein Antrag auf trial by jury erforderlich, der in der Praxis selten gestellt wird.⁴⁵ In den USA wurden 1995 nur 1,8 % aller bundesgerichtlichen Zivilverfahren unter Beteiligung einer Jury entschieden.⁴⁶ In den common law Provinzen Kanadas machen Jury-Verfahren ebenfalls nur weniger als fünf Prozent aller Verfahren aus,⁴⁷ während in Quebec 1976 die Möglichkeit einer Juryentscheidung in Zivilverfahren gänzlich abgeschafft wurde.⁴⁸

Trotz dieser praktisch geringen Bedeutung der Jury in Zivilverfahren, jedenfalls außerhalb der USA, bleibt das trial by jury konzeptionell das Vorbild für das Zivilverfahrensrecht des common law.⁴⁹ Diese grundsätzliche Orientierung

43 Vgl. auch *Damaška*, *Faces of Justice*, S. 125. Eine zutreffende Beschreibung des deutschen Beweiserhebungsverfahrens in englischer Sprache findet sich bei *Burkhard Bastuck & Burkard Gopfert*, (1994) 16 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J.* 609 ff.

44 *Clermont/Sherwin*, (2002) 50 *Am. J. Comp. L.* 243, 266.

45 *Supreme Court Act 1981*, s 69; *County Courts Act (1984)* s 66.

46 *Ellen E. Sward*, *The Decline of the Civil Jury* (2001), S. 13. Der Anteil von Jury-Verfahren sinkt seit 1945.

47 Vgl. *Arthur J. Meagher & Ronald A. Meagher*, *Civil Procedure Simplified* (1983), S. 226.

48 Vgl. *John E. C. Brierley & Roderick Macdonald*, *An Introduction to Quebec Private Law* (1993), S. 696.

49 *Adrian Keane*, *The Modern Law of Evidence* (2000), S. 27 führt aus, dass »the division of functions between judge and jury, which dates from a time when jury trial was the norm in both civil and criminal proceedings, has left a deep impression on the modern law of evidence, even as it now applies in cases without a jury.« Bestätigung für diese These lässt sich aus der Darstellung von *Watson et al.*, *The Civil Litigation Process*, S. 287 ff. gewinnen. Die Autoren führen zunächst aus, dass Jury-Verfahren

am Jury-Verfahren hat zahlreiche Auswirkungen, von denen an dieser Stelle zwei hervorgehoben werden sollen.

Zunächst sind hier die Regeln über die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel zu nennen. Das common law kennt ein in Umfang und Differenziertheit beeindruckendes System von Regeln, die sich mit der admissibility bestimmter Beweismittel befassen. Vergleichbares sucht man im Zivilverfahren europäischer Prägung vergeblich. Zweck dieser Regeln ist es, diejenigen Beweismittel von der Kenntnisnahme durch die Jury auszuschließen, durch welche die Juroren in unzulässiger Weise beeinflusst würden.⁵⁰ Hierbei handelt es sich vor allem um solche Beweismittel mit typischerweise geringem Beweiswert, wie beispielsweise Zeugenaussagen vom Hörensagen. Nach kontinentaleuropäischem Verständnis sind diese Regeln insofern nichts anderes als gesetzliche vorweggenommene Beweiswürdigungen, die dem Schutz der freien Überzeugungsbildung der Juroren dienen. Bemerkenswert ist allerdings, dass der Anwendungsbereich dieser Regeln nicht auf Jury-Verfahren begrenzt ist.

Eine andere nicht zu vernachlässigende Auswirkung des Jury-Verfahrens ist die Notwendigkeit für den Richter, den Juroren als juristischen Laien erklären zu müssen, nach welchen Kriterien sie zu entscheiden haben. Hierzu gehört vor allem eine verständliche und präzise Beschreibung des von ihnen anzuwendenden Beweismaßes. Insofern muss das Beweismaß durch den Richter so formuliert werden, dass es auch für juristische Laien handhabbar wird.⁵¹ Diese Notwendigkeit mag ein Grund dafür sein, warum im common law schon sehr früh verhältnismäßig kennzeichnungskräftige Definitionen für das Beweismaß entwickelt wurden. Im reinen Berufsrichterverfahren gibt es ein entsprechendes Bedürfnis naturgemäß nicht, so dass der Richter den Standard, den er verwendet, an keiner Stelle ausdrücklich erläutern muss. Deutsche Gerichte tendieren entsprechend dazu, nur das Ergebnis der Beweiswürdigung mitzuteilen und dabei das angewendete Beweismaß nicht – und wenn allenfalls formelhaft – zu benennen.⁵² Vielleicht als Konsequenz dieser Lage begann in Deutschland eine kritische Auseinandersetzung mit dem Beweismaß überhaupt erst im Zuge rechtvergleichender Studien in den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts.⁵³

Auch wenn die Orientierung der common law procedure am jury-trial insofern erhebliche Auswirkungen auf die Beweiserhebung und Beweiswürdigung hat, ergeben sich hieraus allerdings keine zwingenden Gründe, warum das im

heute die Ausnahme seien, beschreiben dann in der weiteren Darstellung aber doch dessen Ablauf.

50 Vgl. Keane, a.a.O. S. 1.

51 Vgl. *Addington v. State of Texas* (1979), 441 U.S. 418, 423.

52 Vgl. zu dieser Kritik auch *Musielak*, in: Festschrift für *Gerhard Kegel*, 451, 453 m.w.N.

53 *Ekelöf*, ZZP 75 (1962), S. 289 ff.; *Kegel*, in: Festgabe für *Heinrich Kronstein*, S. 331; *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, 1975.

common law verwendete Regelbeweismaß anders – nämlich niedriger – sein müsste als im civil law.

c) Discovery-Procedure

Der zweite in unserem Zusammenhang zu behandelnde Unterschied liegt in der discovery procedure vor allem des US-Rechts. Dieses Verfahren eröffnet einer Partei in viel weiterem Umfang als beispielweise das deutsche Recht auch nach Neufassung des § 142 ZPO den Zugang zu Beweismitteln, die sich im Besitz des Gegners befinden. Im Vordergrund steht hier die Einsichtnahme in Dokumente des Gegners, von deren Existenz die beweispflichtige Seite ohne das Informationsverschaffungsverfahren der discovery keine Kenntnis hätte. Insofern ist es der Zweck des disclosure Verfahrens, Überraschungsmomente im Prozess der Tatsachenfeststellung auszuschließen und »to make facts disclosed to the fullest practical extent«⁵⁴. Da auf diese Weise die Menge der verfügbaren Beweismittel erhöht wird, besitzen die vom Gericht zu würdigenden Beweise – jedenfalls theoretisch – einen höheren Beweiswert, so dass die Chance erhöht wird, den tatsächlichen Geschehensablauf aus den vorgelegten Beweismitteln rekonstruieren zu können.⁵⁵

Wenn sich auch in der Praxis ein solcher Effekt feststellen ließe, dann läge es nahe, dass die höhere Qualität der Beweismittel auch Auswirkungen auf das Beweismaß hat. Denn je verlässlicher die vorgelegten Beweismittel sind, um so eher erscheint es angemessen, dass schon ein leichtes Überwiegen der Beweiswerte genügt, um den Beweis einer Behauptung als geführt zu erachten. Die Quote von Beweislastentscheidungen müsste infolgedessen geringer sein. Dass extensive discovery in Form von sogenannten fishing expeditions in die Archive des Gegners tatsächlich zu einer Verbesserung der Qualität der Beweismittel führt, wird allerdings von vielen – auch amerikanischen – Autoren bezweifelt.⁵⁶ Insofern wäre allein durch die Existenz einer extensiven discovery procedure ein niedrigeres Beweismaß kaum gerechtfertigt, geschweige denn geboten.

2. *Materiellrechtliche Determinanten des Beweismaßes*

Auch von den zahlreichen Verknüpfungen zwischen materiellem Recht und Beweisrecht sollen hier nur zwei hervorgehoben werden, die für das Beweismaß besonders relevant sind.

54 *United States v. Procter Gamble Co.* (1958), 356 U.S. 677.

55 Vgl. *David W. Louisell*, *Modern California Discovery* (1972), S. 2; *Dennis*, *Law of Evidence*, S. 288.

56 Vgl. statt vieler *Jerome Frank*, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (1949); *Marvin E. Frankel*, (1975) 123 U. Pa. L. Rev. 1031; *Wayne Brazil*, (1978) 31 Vand. L. Rev. 1295, 1298–1303; *Taruffo*, (2003) 51 Am. J. Comp. L., 659, 675.

a) Festlegung der tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs durch das materielle Recht

Es liegt auf der Hand, dass die Chance, einen Anspruch durchzusetzen, maßgeblich davon abhängt, wieviele und welche tatsächlichen Voraussetzungen dieser Anspruch aufweist. So setzt beispielsweise nach dem im deutschen Recht tief verwurzelten Verschuldensprinzip⁵⁷ jede Haftung grundsätzlich Verschulden voraus. Eine verschuldensunabhängige Haftung sieht das Gesetz dagegen nur in bestimmten Ausnahmefällen vor. Diesem Prinzip folgend ist auch ein vertraglicher Schadenersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB nur gegeben, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Im common law genügt für einen vertraglichen Schadenersatzanspruch dagegen das Vorliegen einer objektiven Vertragsverletzung.⁵⁸ Beweisrechtlich bleibt dieses Mehr an Anspruchsvoraussetzungen freilich aufgrund der Beweislastumkehr in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB⁵⁹ ohne Konsequenzen. Die Beweisposition des Geschädigten bleibt durch die zusätzliche Anspruchsvoraussetzung ausnahmsweise unberührt, da deren Nichtvorliegen der Beklagte zu beweisen hat.

Selbst wenn sich in anderen Fällen nachweisen ließe, dass Anzahl und Schwere der Voraussetzungen für einen Anspruch zwischen den Rechtskreisen hinsichtlich ihrer Beweisbarkeit nennenswert differieren, so wäre es dennoch methodisch falsch, hieraus Konsequenzen für die Höhe des Beweismaßes zu ziehen. Denn bei einem solchen Schluss würde man die normativen Entscheidungen einer Rechtsordnung ignorieren, indem man Veränderungen am Beweismaß – also auf der erkenntnistheoretischen Ebene – vornimmt.⁶⁰ Eine derartige Verschränkung der Kategorien nimmt nicht nur die normativen Entscheidungen des Gesetzes nicht ernst, sondern belädt auch umgekehrt kognitive Fragen mit normativen Problemen.

b) Materiellrechtliche Sonderbeweismaßnormen

Alle hier betrachteten Rechtskreise kennen für bestimmte Fälle materiellrechtliche Spezialregelungen des Beweismaßes. Diese Beweismaßbestimmungen sind zum Teil wie beispielsweise in Schweden im Gesetz ausdrücklich angeordnet⁶¹,

57 Vgl. zur culpa-Doktrin *Christian Katzenmeier*, *Arzthaftung* (2002), S. 150 ff.

58 Vgl. *A. G. Guest*, *Chitty on Contracts* (1994), ch. 26. Rechtsvergleichende Erörterungen der Haftung für Vertragsverletzungen bei *Konrad Zweigert & Hein Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1996), S. 509 ff.

59 Eine vergleichbare Regel gilt auch in Frankreich, Article 1147 Code Civil.

60 Insofern scheinen die materiellrechtlich begründeten Bedenken *Leipolds*, in: *Festschrift für Hideo Nakamura*, S. 303, 313 gegen die Übernahme eines Beweismaßes aus einer anderen Rechtsordnung nicht gerechtfertigt. Siehe hierzu auch auf S. 72 f.

61 Z.B. *Föräldräbalk* (1949:381), Kap. 1 § 2.

können aber auch auf den Bemühungen von Rechtsprechung und Literatur beruhen:

Vor allem im common law sind die Gründe, welche für die Anwendung eines besonderen – gegenüber dem Regelbeweismaß erhöhten – Sonderbeweismaßes angeführt werden, eher materieller als prozessualer Art. Zur Rechtfertigung eines erhöhten Beweismaßes wird hier entweder auf die Schwere des mit der Klage erhobenen Vorwurfs oder auf die Schwere der mit einem stattgebenden Urteil verknüpften Konsequenzen verwiesen. In derartigen Fällen sei ein höheres Beweismaß angemessen.⁶²

Auch § 287 Abs. 1 ZPO und § 252 S. 2 BGB sehen nach dem Verständnis der wohl herrschenden Meinung eine Senkung des Regelbeweismaßes für die Schadensberechnung vor. Wie zu zeigen sein wird, kann dieses Verständnis jedoch nicht vollkommen überzeugen. Nach hier vertretener Ansicht sind diese Normen Ausdruck der zutreffenden Einsicht des Gesetzgebers, dass es bei der Feststellung von hypothetischen Abläufen, die bei der Schadensberechnung in Rede stehen, nicht um die Feststellung der Wahrheit, sondern allenfalls um Wahrscheinlichkeiten gehen kann.⁶³

Andererseits kennt auch das deutsche Recht eine Reihe von Beweismaßerhöhungen.⁶⁴ Unbeschadet der Frage, wie Erhöhungen des Beweismaßes möglich sein sollen, wenn man von einem an sich schon hohen Regelbeweismaß ausgeht, lässt sich aus der Existenz von Sonderbeweismaßnormen für das Regelbeweismaß nur so viel ableiten, dass es zwischen den Beweismaßerhöhungen und den Herabsetzungen liegen muss. Eine genaue Bestimmung bleibt unmöglich, so dass sich allein aus dem Vergleich der Sonderbeweismaße auch keine Aussagen über das von den Rechtskreisen verwendete Regelbeweismaß treffen lassen.

III. Die Beweislast – The Burden of Proof

Eine Erörterung des Beweismaßbegriffs wäre unvollständig ohne einen Blick auf die Formulierung der Beweislastnormen, wie oben schon bei der Erörterung der Schadensersatzhaftung für Vertragsverletzungen deutlich wurde. Auch die rechtsvergleichende Betrachtung des Instituts der Beweislast wird dadurch erschwert, dass weder der deutsche Begriff Beweislast noch der englische Ausdruck »burden of proof« vollkommen eindeutig ist. Für den deutschen Rechts-

62 *Addington v. State of Texas* (1979), 441 U.S. 418, 423; *Grogan v. Garner* (1990), 498 U.S. 279, 286. Einen Überblick über Sonderbeweismaßnormen im common law gibt *Rosemary Pattenden*, (1988) 7 Civ. Just. Q. 220 ff.

63 Siehe hierzu S. 52.

64 Z.B. §§ 319 Abs. 1, 562 a S. 2; 660 Abs. 1 S. 2, 2155 Abs. 3 BGB. Zu diesen Vorschriften *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 43.

kreis soll dabei die subjektive Beweislast⁶⁵ (auch: »Beweisführungslast«) von vornherein aus der Betrachtung ausgeschieden werden, da sie die rein prozessuale Frage betrifft, welche Partei durch eigenes Tätigwerden den Beweis einer strittigen Tatsache zu führen hat.⁶⁶ Mit dem Beweismaß ist diese Frage nicht verknüpft.

1. Die objektive Beweislast – The persuasive burden

Die objektive Beweislast des deutschen Rechts betrifft die Frage, zu wessen Lasten es geht, wenn eine Tatsachenbehauptung im Prozess unbewiesen geblieben ist. Sie spielt somit nur dann eine Rolle, wenn eine bestimmte⁶⁷ Tatsachenbehauptung weder bewiesen noch widerlegt wurde.⁶⁸ In derartigen non-liquet-Situationen entscheidet die objektive Beweislast darüber, zu wessen Lasten die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts geht.⁶⁹ Der deutschen objektiven Beweislast entspricht funktional im common law die »persuasive burden«.⁷⁰ Zuweilen werden zur Kennzeichnung desselben Instituts auch die Ausdrücke »legal burden«⁷¹ oder »probative burden«⁷² verwendet.

In beiden Rechtskreisen wird die Frage, wer das Risiko der Unaufklärbarkeit zu tragen hat, welche Partei also die objektive Beweislast trägt, als materiell-rechtliches Problem verstanden.⁷³ Die Grundregel lautet im common wie im civil law, dass jede Partei die Beweislast für die Tatbestandsmerkmale trägt, die wesentlich für ihren Angriff oder ihre Verteidigung sind.⁷⁴ Entsprechend hieß es

65 Diese wird im common law »burden to adduce evidence« genannt.

66 Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 6.

67 Tapper, Cross on Evidence, S. 106 hebt zutreffend hervor, dass es keine »general burden« gebe, sondern sich die Beweislast immer auf bestimmte Tatbestandsmerkmale beziehe.

68 Vgl. statt aller Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 14; Stein/Jonas/Leipold, § 286 Rdn. 25; Walther J. Habscheid, in Festschrift für Gottfried Baumgärtel (1990), S. 105, 106.

69 Prütting, a.a.O., S. 112.

70 Vgl. zum Begriff der »persuasive burden«: Tapper, Cross on Evidence, S. 108; Neil Orloff & Jerry Stedinger, A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard, (1983) 131 U. Pal. L. Rev. 1159.

71 McCormick, vol 2, S. 410; Sopinka, Law of Evidence, § 5.40 ff.; Gordon D. Cudmore, Civil Evidence Handbook, 1999-Rel 5, 3.2.

72 R. v. Bennett (1978), 68 Cr. App. Rep. 168 (C.A.).

73 John Henry Wigmore, Wigmore on Evidence (1981), Volume 9, § 2488; Prütting in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 106; Musielak/Foerste, § 286 Rdn. 34.

74 Vgl. auch die ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure P-21.1: »Ordinarily, each party has the burden to prove all the material facts that are the basis of that party's case.« Siehe auch Art. 8 schweizerisches ZGB: »I. Beweislast: Wo das

in § 193 des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch: »Der Anspruchsteller trägt die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale, der Anspruchsgegner für die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Merkmale.«

Dass der Kläger danach regelmäßig die klagebegründenden Tatbestandsmerkmale zu beweisen hat, wird von einigen Autoren mit dem Argument gerechtfertigt, dass er derjenige sei, der eine Veränderung des status quo erstrebe.⁷⁵ Dieser Gedanke kann allerdings für sich genommen nicht vollständig überzeugen. Denn hierdurch wird der status quo auf den Moment der Klageerhebung festgelegt. Diese Festlegung wird oft willkürlich sein, da in vielen Fällen die stabile Lage der Dinge bereits durch vorhergehende Ereignisse gestört worden war. Insofern ist die Klageerhebung nur ein Moment in einer Kette von Geschehensabläufen, bei denen es oft zufällig ist, welche Partei zuerst gerichtliche Schritte einleitet. Zwingend wird der Gedanke der Rechtfertigungsbedürftigkeit von Statusveränderungen allerdings dann, wenn man ihn mit der Überlegung verknüpft, dass der Kläger staatliche Hilfe in Anspruch nehmen will, um eine Änderung des gegenwärtigen Zustands zu seinen Gunsten zu bewirken.⁷⁶ Trüge nicht er die Beweislast, so würde die Gefahr begründet, dass mit Hilfe staatlichen Zwangs Ansprüche durchgesetzt würden, die einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage entbehren. Insofern ist es weniger das Moment der Veränderung des status quo als die begehrte Instrumentalisierung staatlicher Gewalt, welche die Beweislast des Klägers für die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale rechtfertigt.

2. *The Evidentiary Burden*

Auch im Rahmen der Beweislast ist die Orientierung des common law Prozessrechts am Jury-Verfahren nicht ohne Folgen geblieben. Denn mit dem Ausdruck *burden of proof* wird zuweilen nicht nur die *persuasive burden* bezeichnet, sondern auch die sogenannte *evidentiary burden*.⁷⁷ Die *evidentiary burden* gibt die Hürde an, die es für die beweisbelastete Partei zu überwinden gilt, bevor die beigebrachten Beweismittel überhaupt der Jury präsentiert werden. Die Frage ist, ob die von der beweisbelasteten Partei angeführten Beweismittel eine ge-

Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.«

75 *McCormick*, vol 2, S. 412; *Sopinka*, *Law of Evidence*, § 5.42; *Dieter Leipold*, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin 1966, S. 48; *Prütting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, S. 78.

76 Vgl. *Walter H. Rechberger*, *Maß für Maß im Zivilprozess? Ein Beitrag zur Beweismaßdiskussion*, *Festschrift für Gottfried Baumgärtel* (1990), S. 471, 486.

77 Zu dieser Mehrdeutigkeit des Ausdrucks »*burden of proof*« siehe schon *James B. Thayer*, *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898), S. 355.

wisse Mindeststärke erreichen, so dass der Richter sie für tauglich erachtet, von der Jury gewürdigt zu werden. Insofern ist die evidentiary burden ursprünglich dem jury trial eigentümlich. Die evidentiary burden soll hier verhindern, dass die Juroren ihre Entscheidung auf offensichtlich ungenügende Beweise stützen. Sie ist eine Art vorweggenommene Beweiswürdigung durch den trial judge. Nichts desto trotz gibt es die motion for non-suit, die der Beklagte vornimmt, wenn er der Ansicht ist, dass die evidentiary burden nicht überschritten sei, auch in bench trials, also in Verfahren ohne Jury Beteiligung. Sie bietet dem Beklagten hier die Möglichkeit einer zügigen Beendigung des Verfahrens, ohne dass er seinerseits Gegenbeweise zu präsentieren hat.⁷⁸

Welche Stärke die Beweismittel haben müssen, damit der evidentiary burden genügt wird, ist nicht eindeutig bestimmt und auch in der Literatur umstritten. Allgemein akzeptierte Formeln haben sich bislang nicht herausgebildet. Nach *McCormick* ist es erforderlich, dass »the evidence must be such that a reasonable person could draw from it the inference of the existence of the particular fact to be proved«. ⁷⁹ Andere formulieren, dass die evidentiary burden überschritten sei, wenn »the evidence, if believed, and if left uncontradicted and unexplained, could be accepted by the jury as proof.«⁸⁰ Aus diesen Formulierungen wird deutlich, dass ein Zusammenhang zwischen der Höhe der persuasive burden und der evidentiary burden besteht. Je höher erstere, um so höher ist auch die letztere. Entsprechend liegt die evidentiary burden für die Anklage in einem Strafverfahren höher als für den Kläger in einem Zivilrechtsstreit.⁸¹

IV. Zwischenergebnis

Wenn nach alledem die Zwitterstellung des Beweismaßes zwischen materiellem und formellem Recht nicht gezeugnet werden kann, so haben sich doch durch die obige Untersuchung keine zwingenden Determinierungen des Beweismaßes weder durch das formelle noch durch das materielle Recht ergeben. Die aufgezeigten Unterschiede der Rechtskreise haben zwar Auswirkungen auf das Beweisverfahren insgesamt, das Beweismaß wird hierdurch jedoch nicht tangiert.

78 Siehe zur Anwendung der evidentiary burden in Kanada ausführlich *Sopinka*, Law of Evidence, § 5.3-18.

79 *McCormick*, vol 2 § 338, S. 420. Vgl auch *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 4 L.J.Q.B. 303, 3 App. Cas. 193, 197 (H.L.).

80 *R v. Smith* (1865), 34 LJMC 153. Ähnlich *Sopinka*, Law of Evidence, § 5.4.

81 *Jackson v. Virginia* (1979), 443 U.S. 307. In *R. v. Cinous*, [2002] S.C.C. 29 ging es um die Frage, wie die evidentiary burden für den Angeklagten in einem Strafverfahren zu bestimmen sei, der sich auf bestimmte Tatsachen zu seiner Verteidigung beruft. Es wurde entschieden, dass es darauf ankomme »whether the defence possessed an »air of reality««.

§ 3 Das Beweismaß und seine Stellung zwischen formellem und materiellem Recht

Insofern lassen sich die angeblichen Abweichungen der Regelbeweismaße in common und civil law jedenfalls nicht mit der Einbettung der Beweismaßregeln in die jeweilige Gesamtrechtsordnung erklären.

§ 4 Wahrscheinlichkeit als Bezugspunkt des Beweismaßes

Die meisten der gängigen Formeln zur Beschreibung des Beweismaßes im Zivilprozess des common law geben als Bezugspunkt die Wahrscheinlichkeit, die probability der zu beweisenden Tatsache an. So spricht man von »proof on a balance of probabilities« oder von »proof on a preponderance of probabilities«, zuweilen auch kürzer nur von »preponderance of the evidence«, ohne dass mit dieser Formulierung ein anderer Maßstab bezeichnet werden soll.⁸² Auch die schwedische Theorie vom överviktsprincip operiert mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff, wobei diesbezüglich zu erörtern sein wird, inwieweit diese Theorie für die gerichtliche Praxis in Schweden Bedeutung besitzt.

I. Der Wahrscheinlichkeitsbegriff in bezug auf juristische Tatsachenfeststellungen

Auch der Wahrscheinlichkeitsbegriff ist für sich kein eindeutiges Konzept, so dass vorab zu untersuchen ist, welcher der unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsbegriffe Relevanz für die juristische Praxis beanspruchen kann. Mit einiger Vereinfachung lässt sich sagen, dass zur Ausfüllung dieses Begriffs im Wesentlichen zwei Konzepte verwendet werden. Zunächst ist die statistisch/numerische Dimension der Wahrscheinlichkeit zu nennen. Zu dieser Gruppe gehören der klassische, der logische und der frequentistische Wahrscheinlichkeitsbegriff, welche die (zukünftige) relative Häufigkeit eines Ereignisses bei der Auswahl aus mehreren Ergebnissen mit einem Zahlwert angeben.

Diesem Wahrscheinlichkeitsbegriff ist der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff gegenüber zu stellen, nach dem mit »Wahrscheinlichkeit« das Maß persönlicher Überzeugung hinsichtlich einer ungewissen Tatsache ausgedrückt wird.⁸³ Mit einem Zahlwert lässt sich dieser Wahrscheinlichkeitsbegriff nur angeben, wenn man auf die Einsatzbereitschaft des Beurteilers im Rahmen einer Wette auf das Vorliegen des Merkmals fragt.

82 *Sopinka*, Law of Evidence, § 5.41.

83 Siehe hierzu *Ernst Ludwig Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen(1983), S. 35 ff. Äußerst instruktive Einführung in die verschiedenen Wahrscheinlichkeitsbegriffe von *Alan Hajek*: <http://plato.stanford.edu/entries/probability-interpret/#3.1>, Stand Juni 2005.

Dem subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff ist der induktive (auch: epistemischer Wahrscheinlichkeitsbegriff) an die Seite zu stellen. Er gleicht dem subjektiven darin, dass er nicht nach objektiven Eigenschaften der zu beurteilenden Aussage oder der erhobenen Beweismittel fragt, sondern nur nach der Einschätzung dieser Eigenschaften durch das würdigende Subjekt. Anders als der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff fragt der induktive aber nicht nach der Stärke der Überzeugung selbst, sondern nach dem (subjektiven) Gewicht der Rechtfertigungsgründe für die (induktiv gewonnene) Überzeugung.

Für eine Entscheidung, welcher dieser beiden subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffe für die Zwecke des Beweismaß am geeignetsten ist, ist es an dieser Stelle noch zu früh.⁸⁴ Hier soll es genügen, die Ungeeignetheit jeder objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie für die Sachverhaltsfeststellung nachzuweisen. Für die Zwecke juristischer Tatsachenfeststellung können in der Mehrzahl der Fälle allenfalls die subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffe fruchtbar gemacht werden. Denn der klassische Wahrscheinlichkeitsbegriff gibt die relative Häufigkeit eines bestimmten Ereignisses bei der Wiederholung eines Versuchs unter gleichen Bedingungen an, wie sie beispielsweise beim Würfeln gegeben sind. Insofern lässt sich dieser Wahrscheinlichkeitsbegriff nur im Rahmen eines Beweises solcher Tatsachenbehauptungen anwenden, die sich auf Ereignisse beziehen, welche in großer Zahl und unter immer wieder gleichen Rahmenbedingungen stattfinden. Zu denken wäre hier beispielsweise an die Frage, ob ein bestimmtes industriell gefertigtes Produkt einen Fehler aufwies. Der statistisch/numerische Wahrscheinlichkeitsbegriff hilft aber auch hier nur weiter, wenn außer der Quote der Fertigungsfehler keinerlei Kenntnisse über die Beschaffenheit des konkreten schadenverursachenden Produkts vorhanden sind. Liegen nämlich außerdem andere Beweismittel nicht statistischer Art vor, die für oder gegen die Fehlerhaftigkeit gerade dieses Produkts sprechen, so lässt es der statistische Wahrscheinlichkeitsbegriff nicht zu, die beiden Informationen miteinander zu verknüpfen, wie es im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung nötig ist.

Weil also die Wiederholbarkeit des Versuchs hinsichtlich des gerichtlich festzustellenden Sachverhalts fast nie gegeben ist und es insofern fast nie um ausschließlich statistisches Beweismaterial geht, ist es unzulässig, dieses Verständnis von Wahrscheinlichkeit im juristischen Kontext anzuwenden.⁸⁵ Dennoch ist ein statistisches Verständnis von Wahrscheinlichkeit bei einigen US-amerikanischen Beweisrechtlern derzeit äußerst populär. Es geht hierbei um die »search for the algorithm that, a priori, provides answers to important legal

84 Hierzu auf S. 61.

85 Siehe hierzu *Leonhard Cohen*, *The Probable and the Provable* (1977), S. 49–120. *J.S. (a minor)*, *Re* [1980] 1 All E.R. 1061, 1066: »The concept of probability is certainly different from the mathematical concept; indeed, it is rare to find a situation in which the two usages co-exist although, when they do, the mathematical probability has to be taken into the assessment of probability in the legal sense and given its appropriate weight.« Wie hier *Christian Diesen*, (2000) 40 *Scand. Stud. L.* 168, 175.

questions«⁸⁶. Die Vertreter dieser Auffassung übersetzen die »balance of probabilities« Formel dahingehend, dass eine numerische Wahrscheinlichkeit von mehr als 50% für das Vorliegen eines Ereignisses gegeben sein muss, um den Beweis als geführt zu erachten.⁸⁷

Es überschritte den Rahmen dieser Arbeit bei Weitem, die Debatte über diesen »rather naïve«⁸⁸ Begriff von Wahrscheinlichkeit im Einzelnen nachzuzeichnen.⁸⁹ Es soll vielmehr genügen, darauf hinzuweisen, dass dieser Ansatz keineswegs das im common law herrschende Verständnis widerspiegelt und selbst innerhalb der amerikanischen Beweisrechtslehre nicht unumstritten ist.⁹⁰ Im Gegenteil wird er als ungenau⁹¹ oder auch als wenig hilfreich⁹² erachtet. Der für den Rahmen der vorliegenden Untersuchung gewichtigste Einwand scheint jedoch zu sein, dass es kaum Gerichtsentscheidungen gibt, die diesen Wahrscheinlichkeitsbegriff im Rahmen der Tatsachenfeststellung verwenden.

Ein Ausnahme bildet freilich das berühmte Verfahren *People v. Collins*⁹³, in dem die Angeklagten von der Jury auf der Grundlage einer rein statistischen Beweisführung als die Täter eines Banküberfalls identifiziert wurden. Ein Zeuge hatte ausgesagt, dass es sich bei den Tätern um ein Pärchen gehandelt habe; sie sei weiß, er sei schwarz gewesen. Weiter gab der Zeuge Größe, Haartracht der Täter sowie Farbe und Größe des Fluchtautos an. Auf der Grundlage von stochastischen Berechnungen, zu deren Durchführung der Staatsanwalt einen Mathematikprofessor in den Zeugenstand treten ließ, legte die Anklage der Jury ein Ergebnis nahe, nach dem die Wahrscheinlichkeit, dass ein beliebiges Paar alle diese Merkmale auf sich vereinigte, 1 zu 12 Millionen betrug. Hierauf wurden die Angeklagten, die alle fraglichen Merkmale besaßen, von der Jury verurteilt. Im Zuge des appeal's wurde das Urteil freilich wegen der – einigermaßen abenteuerlichen – Art und Weise, in der hier stochastische Methoden verwendet wurden, aufgehoben. Der Supreme Court of California rügte insbesondere, dass

86 So die ironisierende Formulierung bei *Ronald J. Allen & Brian Leiter*, (2001) 87 Va. L. Rev. 1491, 1492.

87 Historisch geht dieser Ansatz wohl auf *Lord Chief Baron Jeffrey Gilbert* zurück (siehe S. 85). Aus jüngerer Zeit siehe z.B. *Dale A. Nance*, (2001) 87 Va. L. Rev. 1551 ff.

88 *Taruffo*, (2003) 51 Am. J. Comp. L., S. 659, 669.

89 Einen Überblick über die Debatte vermittelt *Twining*, *Rethinking Evidence*, S. 119–122.

90 Siehe nur *McCormick*, vol 2 § 339 Fn. 13. Grundsätzliche Kritik an der Anwendung mathematischer Methoden im Rahmen gerichtlicher Tatsachenfeststellung bei *Laurance H. Tribe*, (1971) 84 Harv. L. Rev. 1329 ff.

91 *Vern R. Walker*, (1996) 62 Brooklyn L. Rev. 1075, 1079; *Taruffo*, (2003) 51 Am. J. Comp. L., 659, 669 f.

92 Vgl. *Damaška*, (1995) 43 Am. J. Comp. L. 343, 354; *Adrian A.S. Zuckerman*, (1986) 66 B.U.L. Rev. 487, 504; *Ronald J. Allen & Brian Leiter*, (2001) 87 Va. L. Rev. 1491. Vgl. aus deutscher Sicht auch *Nell*, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, S. 30 ff.

93 (1968) 68 Cal.2d 319 (Sup. Ct. Cal.).

die Glaubhaftigkeit der zugrunde liegenden Zeugenaussagen vollkommen unberücksichtigt geblieben war. Das Gericht entschied, dass die Verwendung mathematischer Methoden nicht nur an sich fehlerhaft war, sondern dass »it distracted the jury from its proper function of weighing the evidence on the issue of guilt.«⁹⁴ Aus einer mathematischen Formel könne sich nicht die Zuverlässigkeit einer Zeugenaussage ergeben.

Das Urteil ist ein anschauliches Beispiel für die absurden Konsequenzen des Versuchs, statistische Methoden auf nicht statistisches Beweismaterial anzuwenden. Aus denselben Gründen muss auch der Versuch scheitern, das Beweismaß als stochastisches Problem zu verstehen. Hinsichtlich der gerichtlich festzustellenden Tatsachen fehlt es regelmäßig an den Grundvoraussetzungen einer solchen Betrachtung, nämlich, dass sich die relative Häufigkeit der Tatsache bei einer Vielzahl von Versuchen angeben lässt.⁹⁵ Denn die in Frage stehenden Tatsachen zeichnen sich regelmäßig durch ihre Einmaligkeit aus, so dass sich nicht sinnvoll nach ihrer statistischen Häufigkeit fragen lässt.⁹⁶ Besonders deutlich wird dies, wenn es um die Feststellung der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage geht.⁹⁷ Denn vor Gericht steht regelmäßig das Vorliegen einer Konstante in Rede und nicht der Ausgang eines Zufallsereignisses, auf das allein sich der klassische Wahrscheinlichkeitsbegriff anwenden lässt. Treffend bemerkte *Roden J.*:

»Degrees of probability and degrees of proof with which juries are concerned are rarely capable of expression in mathematical terms.«⁹⁸

Entsprechend kann für die Zwecke juristischer Tatsachenfeststellung nur ein subjektiv/induktives Verständnis der Wahrscheinlichkeit fruchtbar sein. Dieser Wahrscheinlichkeitsbegriff drückt entweder das Maß der subjektiven Überzeugung von der Wahrheit einer bestimmten Behauptung oder das Maß ihrer Berechtigung aus. Legt man einen solchen Wahrscheinlichkeitsbegriff zugrunde, so geht es beim Beweismaß nicht um die (absurde) Frage nach der relativen

94 A.a.O. 338.

95 Vgl. auch *Per Olof Ekelöf*, (1964) 8 Scand. Stud. L. 45, 53.

96 Damit soll nicht bestritten werden, dass es nicht auch Fälle gibt, in denen sich statistische Methoden sinnvoll anwenden lassen. Hierzu könnten beispielsweise Kausalitätsfragen bei Massenschädigungen durch Arzneimittel zählen. Vgl. *Richard L. Marcus*, (1991) 57 Brooklyn L. Rev. 381 ff. Auch in *Brink's Inc. v. The City of New York*, 717 F.2d 700 (2d Cir. 1983) wurde statistisches Beweismaterial zur Berechnung des entstandenen Schadens in zulässiger Weise eingesetzt. Auch hier stellte das Gericht freilich zusätzlich auf Zeugenaussagen ab und verwendete keineswegs einen statistischen Wahrscheinlichkeitsbegriff im Rahmen des Beweismaßes.

97 Vgl. *Tapper*, Cross on Evidence, S. 155; *D. H. Hodgson J.*, (1995) 69 Austr. L. Rev. 731 ff. A.A. u.a. *Per Olof Bolding*, (1960) 4 Scand. Stud. L. 9, 16.

98 *R v. Shepherd* (1988) 85 ALR 387, 392.

Häufigkeit einzigartiger Ereignisse, sondern um die Überzeugung der die Beweise würdigenden Person.⁹⁹

Die weitere Darstellung des anglo-amerikanischen Rechtskreises wird zeigen, dass es in der Tat ein solches Wahrscheinlichkeitsverständnis ist, das die dortige Praxis kennzeichnet.

II. »Proof on a Balance of Probabilities« – der anglo-amerikanische Rechtskreis

Wie eingangs dieses Abschnitts bereits festgestellt wurde, wird das Beweismaß in Zivilverfahren des common law üblicherweise mit »preponderance of the evidence« oder auch »balance of probabilities« angegeben. Bevor wir uns mit dem Gehalt dieser Formeln im Einzelnen auseinandersetzen, soll ihr Anwendungsbereich beleuchtet werden.

1. Anwendungsbereich

Die Anwendung des »preponderance standard« beschränkt sich grundsätzlich auf zivilrechtliche Streitigkeiten. In Strafverfahren gilt dagegen der Standard »beyond reasonable doubt«. Es ist allgemeine Ansicht im common law, dass das Beweismaß in Strafverfahren höher liegt als in Zivilverfahren, denn es wird eher als hinnehmbar angesehen, »that ten guilty persons should be acquitted than that one innocent person should be convicted.«¹⁰⁰ Ein höheres Beweismaß in Strafverfahren soll insofern gewährleisten, dass die Zahl der fehlerhaften Verurteilungen (Falsch-Positive) möglichst klein bleibt.

Die Frage, welches Beweismaß für strafrechtliche Fragen im Kontext eines Zivilverfahrens gelten soll, war früher umstritten. In einigen älteren Fällen hatten die Gerichte entschieden, dass für Schadensersatzansprüche als Folge von Betrug oder Verleumdung das strafrechtliche Beweismaß »beyond reasonable doubt« gelte.¹⁰¹ Seit der Entscheidung des House of Lords in *Hornal v. Neuberger*¹⁰² geht aber die allgemeine Ansicht dahin, dass dieser Standard ausschließlich Verurteilungen in Strafverfahren vorbehalten und daher unanwendbar in

99 Walker, (1996) 62 Brooklyn L. Rev. 1075, 1094.

100 Carleton Kemp Allen, *Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence* (1931), S. 286.

101 Vgl. z.B. *New York State v. Heirs of Phillips*, [1939] 3 All E.R. 952 (P.C.); *Issaias v. Marine Insurance C. Ltd.* (1923), 15 Ll. L. Rep. 186 (C.A.).

102 [1957] 1 Q.B. 247.

Zivilverfahren sei.¹⁰³ In *Neuberger* stützte der Kläger seinen Anspruch sowohl auf Betrug wie auf die Verletzung einer Garantie durch den Beklagten. Dass der Beklagte tatsächlich eine Garantieerklärung abgegeben hatte, stand für das Gericht nach dem Standard »balance of probabilities« fest. Die Abgabe dieser Erklärung hätte freilich auch den Betrugstatbestand erfüllt, allerdings war das Gericht nicht »beyond reasonable doubt« überzeugt, dass die Erklärung tatsächlich abgegeben worden war. Hinsichtlich der Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen auch des Anspruchs wegen Betruges argumentierte *Lord Denning*:

»[i]t would bring the law into contempt if a judge were to say that on the issue of warranty he finds that the statement was made, and on the issue of fraud he finds it was not made.«¹⁰⁴

Um dieses schwer vermittelbare Ergebnis zu vermeiden, entschied das House of Lords, dass auch hinsichtlich des Betruges das Beweismaß »preponderance of the evidence« sei.

Hinsichtlich des territorialen Anwendungsbereichs ist festzustellen, dass der Standard »balance of probabilities« nicht nur in reinen common law Rechtsordnungen, sondern auch in sogenannten mixed jurisdictions gilt. Zu nennen sind insbesondere Quebec, Schottland,¹⁰⁵ Louisiana¹⁰⁶ und Südafrika¹⁰⁷. In Quebec, beispielsweise, folgt das materielle Zivilrecht der kontinentaleuropäischen Rechtstradition, während das Verfahrensrecht stark an das common law angelehnt ist.¹⁰⁸ Da das Beweisrecht sowohl von materiellen wie von prozessualen Gesichtspunkten bestimmt wird, treffen die Rechtskreise gerade hier aufeinander.¹⁰⁹ Hinsichtlich des Beweismaßes hat sich allerdings das common law durchgesetzt, so dass in Quebec dieselbe Formel verwendet wird wie in den

103 Für die USA vgl. die Nachweise bei 9 Wigmore, § 2498 Fn. 3. England: *Nishina Trading Co. Ltd. v. Chiyoda Fire and Marine Insurance C. Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 449. Kanada: *Hanes v. Wawanesa Mut. Ins. Co.*, [1963] S.C.R. 154; *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co. Ltd. et al.*, [1982] 1 S.C.R. 164; *Mutual Life Assurance Co. of Canada v. Aubin*, [1979] 2 R.C.S. 298, 303. Quebec: *Rioux-Therrien v. L'Alliance et l'Assurancevie Desjardins*, [1974] C.A. 271; *Léo Ducharme*, *Précis de la preuve* (1996), S. 170.

104 *Hornal v. Neuberger Prod. Ltd.*, [1957] 1 QB 247, 258.

105 *Brown v. Brown*, [1972] S.C. 123; *David Field*, *The law of Evidence in Scotland* (1988), S. 38; *Fiona Riatt*, *Evidence* (2001), Rdn. 2.22.

106 Louisiana Code of Evidence Art. 302.

107 Vgl. *Road Accident Fund v. Mongalo*, *The Supreme Court of Appeal of South Africa*, 02. 12. 2002, online: <<http://wwwserver.law.wits.ac.za/sca/files/48701/48701.pdf>> Stand Juni 2005.

108 *Brierley & Macdonald*, *An Introduction to Quebec Private Law*, Rdn. 821.

109 *Ducharme*, *Précis de la preuve*, S. 20–24.

common law Provinzen Kanadas.¹¹⁰ Entsprechend heißt es in Art. 2804 des 1991 in Kraft getretenen Civil Code of Quebec (CCQ):

»Evidence is sufficient if it renders the existence of a fact more probable than its non-existence, unless the law requires more convincing proof.«¹¹¹

2. Konzeptioneller und praktischer Gehalt der Formel

Auch im common law steht das Maß der Überzeugung desjenigen, der die Beweise zu würdigen hat (trier of facts), im Mittelpunkt der Beweismaßdiskussion.¹¹² Entscheidend ist somit, welche Stärke die Überzeugung des trier of facts erreicht haben muss, damit der Beweis als geführt erachtet werden kann. Die in Strafverfahren greifende »beyond a reasonable doubt« Formel befasst sich mit genau dieser Frage, während die zivilrechtliche »preponderance of the evidence« Formel vor allem die Stärke der Beweise in den Vordergrund zu rücken scheint,¹¹³ obwohl die Beweise bloß die Mittel sind, mit denen die Überzeugung des trier of facts beeinflusst wird.¹¹⁴ Insofern wird zum Teil gesagt, die strafrechtlichen und die zivilrechtlichen Formulierungen des Beweismaßes hätten »unfortunately no logical or conceptual correlation«.¹¹⁵ Diese Kritik an der preponderance-Formel verliert freilich ihre Berechtigung, wenn man den oben beschriebenen subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff verwendet. Denn hierdurch wird der Grad der Überzeugung des trier of facts über den Wahrscheinlichkeitsbegriff in die Beweismaßformel einbezogen.

Nach der preponderance-Formel scheint es zu genügen, wenn der trier of facts glaubt, dass die Beweise, welche die beweisbelastete Partei angeboten hat, stär-

110 Vgl. *Michaud c. Bergeron*, [1980] C.A. 246; *Mutual Life Assurance Co. of Canada v. Aubin*, [1979] 2 R.C.S. 298; *Jean-Claude Royer, La Preuve Civile*, Rdn. 166; *Brierley & Macdonald*, An Introduction to Quebec Private Law, Rdn. 824.

111 Dass das Gesetz ein höheres Beweismaß fordert ist beispielsweise bei einer gerichtlichen Todeserklärung, Art 94 I CCQ, der Fall (»... held to be certain ...«).

112 *McBaine*, (1944) 32 Cal. L. Rev. 242, 247: »The degree of belief which should exist before it may be concluded that an assertion of fact is true is the element in the fact-finding problem which must be emphasized and made plain«.

113 Vgl. *Burch v. Reading Company*, 240 F.2d 574 (3d Cir. 1957), 578. Besonders kritisch gegenüber der fehlenden Berücksichtigung eines subjektiven Elements in der Beweismaßformel für Zivilverfahren: *William Trickett*, (1906) 10 Dick. L. Rev. 76, zitiert bei 9 *Wigmore*, § 2498.

114 *McCormick*, vol 2 § 339, S. 421. McCormick, a.a.O., nennt die preponderance-Formeln daher »awkward vehicles for expressing the degree of the jury's belief.«

115 9 *Wigmore*, § 2498.

ker sind als die erbrachten Gegenbeweise.¹¹⁶ Nach dieser Vorstellung legt der trier of facts die Beweismittel des Klägers auf die eine Seite der Waage, auf die andere legt er die Gegenbeweismittel. Neigt sich die Waage zur klägerischen Seite, so ist die umstrittene Tatsache erwiesen. Diese Regel hätte allerdings das schlechterdings unerträgliche Ergebnis, dass sogar dann, wenn die vom Kläger vorgebrachten Beweise sehr schwach sind, der trier of facts den Beweis als geführt erachten müsste, nur weil die Gegenbeweise noch schwächer sind.¹¹⁷ In einer solchen Situation, »no prudent man would act as to a matter of importance to him.«¹¹⁸ Wenn man also von »weighing the evidence« spricht, kann das nicht bedeuten, dass die von den Parteien dargebotenen Beweismittel gegeneinander abgewogen werden.¹¹⁹

Daher ist es im common law weithin anerkannt, dass es nicht darauf ankommt, dass der trier of facts die eine Version für wahrscheinlicher als die andere hält, sondern dass die Jury zu dem Ergebnis kommt, dass die Behauptungen der beweisbelasteten Partei mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit *wahr* sind.¹²⁰ Dem erkenntnistheoretischen Axiom, dass die Erkenntnis der absoluten Wahrheit nicht verlangt werden kann und dass es insofern angesichts der inhärenten Schwächen des Tatsachenermittlungsvorgangs präventiv wäre, absolute Gewissheit (absolute certainty) zu verlangen, genügt regelmäßig der Glaube an die Wahrheit der zu beweisenden Behauptung.¹²¹ Entsprechend heißt es in Rule 1 (3) des 1942 vom American Law Institute konzipierten Model Code of Evidence:

»Burden of persuasion of a fact means the burden which is discharged when the tribunal which is to determine the existence or non-existence of the fact is persuaded by sufficient evidence to find that the fact exists.«

Damit ist zunächst herausgearbeitet, dass das Beweismaß im common law in erster Linie subjektiv konzipiert ist, da es entscheidend auf die Überzeugung des trier of facts von der Wahrheit einer umstrittenen Behauptung ankommt. Die eigentliche Kernfrage des Beweismaßes, nämlich welche Stärke diese Überzeugung haben muss – oder in der Sprache der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie ausgedrückt: wie wahrscheinlich sie sein muss – bleibt noch unbeantwortet.

116 Vgl. z.B. *McDonald v. Union Pacific Railroad Co.*, 167 P.2d 685 (Utah Sup. Ct. 1946) 689; *Dunbar v. McGill*, 31 N.W. 578 (Mich. Sup. Ct. 1887). Zitiert nach *McBaine*, (1944) 32 Cal. L. Rev. 242, 248 Fn. 18.

117 *Tapper*, Cross on Evidence, S. 144; 9 *Wigmore*, § 2498.

118 *McBaine*, (1944) 32 Cal. L. Rev. 242, 248. Gegen diesen *Ball*, (1961) 14 Vand. L. Rev. 807, 823.

119 Vgl. nur *McCormick*, vol 2, § 339, S. 422; *Trickett*, zitiert von 9 *Wigmore*, § 2498 S. 421.

120 Vgl. auch *McCormick*, vol 2, § 339, S. 422 m.w.N. in Fn. 12.

121 Vgl. *Hodgson J*, (1995) 69 Austr. L. Rev. 731, 732 f.

Lord Denning hat diese Frage in der Entscheidung *Miller v. Minister of Pensions* angesprochen:

»That degree is well settled. It must carry a *reasonable degree* of probability, but not so high as is required in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say: »we think it more probable than not« the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not.«¹²²

Dieser »reasonableness-approach« wird im Kern von vielen Gerichten und Autoren in den verschiedenen common law Rechtsordnungen und den angesprochenen gemischten Rechtsordnungen geteilt.¹²³ Zuweilen wird allerdings die in Zivilverfahren zu überwindende Hürde auch dahingehend charakterisiert, dass der trier of facts *überzeugt* sein müsse, dass die zu beweisende Behauptung wahr ist. Die Vertreter dieses Ansatzes¹²⁴ berufen sich zumeist auf *Dixon J.*, der in *Briginshaw v. Briginshaw* ausführte:

»The truth is that, when the law requires the proof of any fact the tribunal must feel an actual persuasion of its occurrence or its existence before it can be found. It cannot be found as a result of a mere mechanical comparison of probabilities independently of any belief in its reality.«¹²⁵

In vergleichbarer Weise findet sich auch in einigen statutes das Erfordernis, dass der trier of facts *überzeugt* (satisfied) sein müsse, dass eine Tatsache existiert.¹²⁶

Dieser »satisfaction« oder »persuasion of the truth« Standard wurde allerdings als »fanciful but unrealistic« bezeichnet.¹²⁷ Angesichts der inhärenten Un-

122 *Miller v. Minister of Pensions*, [1947] 2 All E.R. 372 (K.B.) at 374, Hervorhebung nicht im Original.

123 Vgl. für die USA: *Ortiz v. Principi*, 274 F.3d 1361 (Fed. Cir. 2001), 1365; *Burch v. Reading Company*, 240 F.2d 574 (3d Cir. 1957), 579. *McBaine*, (1944) 32 Cal. L. Rev. 242, 262; *McCormick*, vol 2, § 339, S. 423 (»Highly probable«); *Christopher B Mueller & Laird C. Kirkpatrick*, 1 Federal Evidence, Chapter 3 § 65. UK: *Ian H. Dennis*, Law of Evidence (2002), S. 395; *Keane*, The Modern Law of Evidence, S. 88. Übriger Commonwealth: *Smith v. Smith*, [1952]2 S.C.R. 312; *Sopinka*, Law of Evidence, § 5.43; *Hodgson J.*, (1995) 69 Austr. L. Rev. 731, 732.

124 Vgl. *Lampe v. Franklin*, 107 A.L.R. 465 (Mo. Sup. Ct. 1936), 482; Jury instructions, die die Juroren anwiesen, danach zu entscheiden, was sie für wahrscheinlicher (»more probable«) halten, seien ungenügend. Die Jury müsse auf der Grundlage dessen entscheiden, was sie für Tatsachen halten (»upon what they find to be facts«). *Smith v. Rapid Transit*, 58 N.E.2d 754 (Mass. Sup. Jud. Ct. 1945), 755: »A proposition is proved by a preponderance of the evidence if it is made to appear more likely or probable in the sense that actual belief in its truth, derived from the evidence, exists in the mind or minds of the tribunal notwithstanding any doubts that may still linger there.« *Frazier v. Frazier*, 89 S.E.2d 225 (S. C. Sup. Ct. 1955), 235: »A »preponderance of the evidence« stated in simple language, is that evidence which convinces as to its truth.«

125 (1938), 60 C. L. R. 336, 361.

126 Vgl. z.B. (UK) Matrimonial Causes Act, 1950, section 4.

genauigkeiten juristischer Tatsachenfeststellung sei es unvernünftig, vom trier of facts die Überzeugung von der Wahrheit zu verlangen. Ob der in *Briginshaw* beschriebene Standard wirklich höher ist als der preponderance-Standard, soll einstweilen dahingestellt bleiben, denn wie sich zeigen wird, lässt sich letzterer nach dem Verständnis der herrschenden Meinung jedenfalls außerhalb der USA ohnehin nicht mit einem festen Beweismaß assoziieren.

Hinsichtlich des satisfaction-Standards jedenfalls entschied das Privy Council, dass eine solche Formulierung nicht in jedem Fall eine Beweismaßerhöhung bedeute, vor allem nicht den strafrechtlichen Standard anwendbar mache.¹²⁸ Insofern sollte diese Formulierung nicht als die Anordnung eines höheren Beweismaßes, sondern als der Versuch verstanden werden, eine Formulierung des Beweismaßes ohne den missverständlichen Bezug auf den Wahrscheinlichkeitsbegriff zu entwickeln.¹²⁹

3. Flexibilität des Beweismaßes im common law

Untrennbar mit der eben diskutierten Frage der erforderlichen Stärke der Überzeugung des trier of facts ist das Problem verbunden, ob der nötige Mindestgrad in allen Fällen identisch oder ob das Beweismaß als schwankende Größe zu begreifen ist. Wie schon gezeigt wurde, ist jedenfalls das strafrechtliche Beweismaß in Zivilverfahren grundsätzlich unanwendbar. Davon abgesehen lässt sich unter den common law Rechtsordnungen keine einheitliche Ansicht ausmachen. Während in den USA für bestimmte Fälle ein dritter Standard zwischen »balance of probabilities« und »beyond reasonable doubt« gilt, hat sich im Commonwealth ein flexibler Ansatz durchgesetzt, demzufolge innerhalb des »balance of probabilities« Standards unterschiedliche Stufen existieren, die nicht im Einzelnen benannt werden können.

a) Clear and Convincing Evidence – der US-amerikanische Ansatz

Jener dritte Standard, der sich in den USA durchgesetzt hat, erfordert »clear and convincing evidence« und soll einen höheren Grad an Überzeugung beim trier of facts erforderlich machen.¹³⁰ Dieser Standard wird auch mit Formeln wie »clear, convincing and satisfactory«, »clear, cogent and convincing« oder »clear, unequivocal, satisfactory and convincing« umschrieben. Teilweise werden diese Formeln dahingehend interpretiert, dass ein Glaube des trier of facts

127 *McBaine*, (1944) 32 Cal. L. Rev. 242, 250.

128 *Blyth v. Blyth*, [1966] A.C. 643 (H.L.), 667.

129 *Lord Denning* selbst berief sich auf *Briginshaw* in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), 459, dem leading case für das Beweismaß außerhalb der USA. Dazu sogleich im Text.

130 *McCormick*, vol 2, § 340 S. 424 f.

dahingehend erforderlich sei, dass für die Existenz der umstrittenen Tatsache eine hohe Wahrscheinlichkeit spreche.¹³¹ Insofern wäre dieser Standard zwischen dem zivilrechtlichen Beweismaß von »preponderance of the evidence« und dem strafrechtlichen Standard von »beyond reasonable doubt« anzusetzen.¹³²

Der Anwendungsbereich dieses Standards ist vielfältig. In zivilrechtlichen Fällen ist er einschlägig, wenn die Vorwürfe besonders schwerwiegend sind¹³³ oder auch für den Beweis solcher Geschehensabläufe, die prima-facie außerordentlich sind¹³⁴. Schließlich betrifft er kraft Verfassungsrechts auch solche Fälle, in denen es um den Verlust eines Bürgerrechts geht, wie zum Beispiel die Zwangseinweisung in eine geschlossene Anstalt, die Ausbürgerung oder die Aberkennung des elterlichen Sorgerechts.¹³⁵

Die Differenzierung in drei verschiedene Standards hat einige Bedenken geweckt, ob Juroren und Richter in der Tat in der Lage sind, die feinsinnigen Unterscheidungen, welche die Formulierungen anzeigen sollen, zu verstehen und im einzelnen Fall anzuwenden.¹³⁶ Wie berechtigt solche Bedenken sind, zeigen mehrere empirische Studien. Im Rahmen dieser Tests mit willkürlich ausgewählten Personen wurde den Probanden jeweils derselbe Sachverhalt vorgelegt, ihnen wurden jedoch unterschiedliche Beweismaße zur Beurteilung an die Hand gegeben. Es zeigte sich nicht nur, dass die unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäbe keine unterschiedlichen Ergebnisse in der Beurteilung durch die Probanden zeitigten. Darüber hinaus konnten sich viele der Testpersonen nach ihrer Entscheidung nicht einmal daran erinnern, nach welchem Maßstab sie urteilen sollten.¹³⁷ Schließlich waren auch die meisten Teilnehmer mit der Aufgabe überfordert, den Standard von »clear and convincing« im Verhältnis zu den anderen beiden einzuordnen.

b) Flexibilität des preponderance-Standards außerhalb der USA

Außerhalb der USA hat sich ein derartiger formelmäßig fest umrissener dritter Standard nicht durchgesetzt. Stattdessen wird der preponderance-Standard seit der Leitentscheidung des Court of Appeal in *Bater v. Bater* als flexibel begrif-

131 *McBaine*, (1944) 32 Cal. L. Rev. 242, 263; *McCormick*, a.a.O.

132 Vgl. *McCormick*, a.a.O.; 9 *Wigmore*, § 2498 S. 424.

133 Z.B. der Vorwurf eines Betruges oder arglistiger Täuschung. Weitere Nachweise bei 9 *Wigmore*, § 2498 Fn. 13, 14.

134 Beispielsweise der Verlust eines Testaments oder die Existenz eines mündlichen Schenkungsversprechens.

135 Vgl. z.B. *Addington v. State of Texas* (1979), 441 U.S. 418.

136 Vgl. etwa *Burger C.J.* in *Addington v. State of Texas* (1979), 441 U.S. 418, 425.

137 *Donald G. Hagman & Malcolm D. MacArthur*, [1959] *Wisc. L. Rev.* 525. Vgl. auch *R. J. Simon & L. Mahan*, (1971) 5 *Law & Society Rev.* 319; Conference Report, (1937) 11 *U. Cin. L. Rev.* 119, 192 Fn. 18.

fen. *Lord Denning* führte hier aus, dass »there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject matter.«¹³⁸ Am Beispiel der Frage, inwiefern der Gegenstand des Verfahrens den erforderlichen Überzeugungsgrad beeinflusst und wie sich Letzterer bestimmt, wird die Orientierung gerade der englischen Richter am common sense ganz besonders deutlich. *Lord Denning* berief sich hierzu in *Bater v. Bater* auf *Sir William Scott*, der in *Loevden v. Loevden* folgende Formulierung gewählt hatte:

»The only general rule that can be laid down upon the subject is that the circumstances must be such as would lead the guarded discretion of a *reasonable and just man* to the conclusion...«¹³⁹

Dieser pragmatische Ansatz, der einen vernünftigen Grad an Überzeugung verlangt, hat sich im common law jedenfalls außerhalb der USA durchgesetzt.¹⁴⁰⁻¹⁴¹ Durch diesen Vernünftigkeitstest wird deutlich, dass der Grad der nötigen Überzeugung nicht absolut feststeht, sondern den Verhältnissen im konkreten Fall angemessen sein muss.¹⁴²

Die Theorie eines flexiblen Beweismaßes für den Zivilprozess hat Befürchtungen geweckt, dass sie dahingehend (miss-)verstanden werden könnte, dass der Richter je nach den Umständen des Falles mal mehr und mal weniger sorgfältig bei der Tatsachenfeststellung zu Werke gehen könne.¹⁴³ Hiergegen hat *Morris LJ* Folgendes eingewandt:

138 [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), 459.

139 (1810), 161 E.R. 648 (Cons. C. of London), Hervorhebung nicht im Original.

140 Vgl. nur Kanada: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, 992; *Her Majesty The Queen and David Edwin Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 137; *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164,170. Australien: *Re Kerrison* (1990), 101 A.L.R. 525 (F.C.A.); *Minister for Business and Consumer Affairs v. Evans* (1984), 54 A.L.R. 128 (Sup. Ct. N.S.W.). Neuseeland: *Euro National Corporation Ltd. v. NZI Bank Ltd.*, [1992] 2 NZLR 739 (H.C. Auckland).

141 In vielen der älteren Entscheidungen, die mit diesem »reasonableness-approach« arbeiteten, geht es um Ehebruch als Grund für eine Scheidungsklage. Damals wurde Ehebruch als ein derart schwer wiegender Vorwurf betrachtet, dass man den normalerweise in Zivilverfahren angewendeten Standard nicht für angemessen hielt (*Gower v. Gower*, [1950] 1 All E.R. 804 (C.A.); *Davis v. Davis*, [1950] 1 All E.R. 40 (C.A.)). Heute geht es dagegen beispielsweise um den Beweis strafrechtlich relevanten Verhaltens (*Continental Ins. Co. v. Daltin Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164), den Nachweis der Testierunfähigkeit des Erblassers (*MacGregor v. Ryan*, [1965] S.C.R. 757), die Anordnung von Vormundschaft bei Kindern (*Re H (Minors)*, [1996] A.C. 563 (H.L.)), aber auch um Ausweisungsentscheidungen der Einwanderungsbehörde (*Khawaja v. Secretary of State*, [1984] A.C. 74 (H.L.), 113).

142 *Hornal v. Neuberger Prod. Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 247, 266.

143 Vgl. *Allen*, Legal Duties, S. 286.

III. Das schwedische Överviktsprincip

»Though no court and no jury would give less careful attention to issues lacking gravity than those marked by it, the very elements of gravity become a part of the whole range of circumstances which have to be weighed when deciding as to the balance of probabilities.«¹⁴⁴

Vergleichbar führte *Cartwright J* in *Smith v. Smith* aus:

»I wish, however, to emphasize that in every civil action before the tribunal can safely find the affirmative of an issue of fact required to be proved it must be reasonably satisfied, and whether or not it will be so satisfied must depend upon the totality of circumstances on which its judgment is formed including the gravity of the consequences of the finding.«¹⁴⁵

Die Diskussion um ein flexibles Beweismaß, einen »floating standard of proof«¹⁴⁶, sollte nicht überbewertet werden. Letztlich ist man sich einig darüber, dass der trier of facts das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache nur dann feststellen darf, wenn er davon in angemessener Weise überzeugt ist, nachdem er die vorgelegten Beweismittel gewürdigt hat. Die Beweiswürdigung, also die Feststellung der Beweiswerte der einzelnen Beweismittel, muss in jedem Fall mit der größtmöglichen Sorgfalt geschehen. Freilich kann die Existenz der zu beweisenden Tatsache so unwahrscheinlich oder außergewöhnlich sein, dass es Beweise von ungewöhnlicher Stärke bedarf, den trier of facts von ihrem Vorliegen zu überzeugen. In diesem Sinn gelten für die Feststellung ungewisser Tatsachen in einem juristischen Kontext dieselben Rahmenbedingungen wie im alltäglichen Leben, so dass die Debatte in weiten Teilen »more a matter of words than anything else«¹⁴⁷ sein dürfte.

III. Das schwedische Överviktsprincip

Der Blick nach Schweden ist für eine deutsche Arbeit zum Beweismaß insofern von besonderer Bedeutung, als es gerade die Studien zweier schwedischer Auto-

144 *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, [1957] 1 QB 247, 266.

145 [1952] 2 S.C.R. 312, 331. Vgl. auch *Briginshaw v. Briginshaw* (1938), 60 C.L.R. 336 (H.C.A.), 362.

146 *Pattenden*, (1988) 7 Civ. Just. Q. 220 ff.

147 *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), 459.

ren, *Per Olof Bolding*¹⁴⁸ und *Per Olof Ekelöf*,¹⁴⁹ waren, welche die deutsche Diskussion um das Beweismaß anfänglich entscheidend geprägt haben.¹⁵⁰

Gerade im Hinblick auf das schwedische Recht scheint es freilich erforderlich zu sein, einige Missverständnisse auszuräumen, welche die Arbeiten von *Bolding* und *Ekelöf* ausgelöst haben. Dies betrifft zunächst den Gegenstand der von ihnen entwickelten Theorien. Dieser ist im Kern nicht das Beweismaß, wie man aufgrund der Rezeption dieser Arbeiten in Deutschland glauben könnte,¹⁵¹ sondern die Rationalisierung der Beweiswürdigung. Sowohl *Bolding*¹⁵² wie *Ekelöf*¹⁵³ geht es in erster Linie darum, eine Theorie zu entwickeln, nach der sich die Ermittlung von Beweiswerten nicht als intuitiver, sondern als rationaler, nachprüfbarer Vorgang darstellt. Zugleich nehmen *Bolding* und *Ekelöf* allerdings auch zur Beweislastverteilung Stellung und vermischen hierbei die Frage, wer das Risiko einer nach Würdigung der Beweise verbleibenden Unsicherheit zu tragen hat, mit dem Problem des Beweismaßes, also mit der Frage, wann eine Tatsache noch als unsicher zu gelten hat.¹⁵⁴ Das övertviksprincip scheint in dieser Theorie die Aufgabe zu haben, Beweislastentscheidungen im deutschen Sinn auszuschließen, da bereits das leichteste Überwiegen der Beweise des Klägers genügen soll.¹⁵⁵ Die Notwendigkeit, Beweislastentscheidungen auszuschließen, ergibt sich für die schwedischen Autoren wohl daraus, dass in ihrer Theorie für echte Beweislastnormen, also für Normen, die vollkommen unabhängig von der Wahrscheinlichkeit einer Tatsache, das Risiko der nicht hinreichenden Aufklärbarkeit zuweisen, kein Raum ist. Insofern ist das övertviksprincip weniger Produkt einer eigenständigen Beweismaßtheorie, als ein notwendiges Element einer bestimmten Beweislastlehre, die ihrerseits wieder-

148 *Per Olof Bolding*, (1960) 4 Scand. Stud. in L. 9 ff.; *ders.*, Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im Schwedischen Zivilprozeß (1966), S. 57 ff.

149 *Ekelöf*, ZZP 75 (1962), 289 ff.; (1964) 8 Scand. Stud. in L. 45 ff.; Beweiswert, in: Festschrift für *Fritz Baur*, S. 342 ff.

150 Bezugnahmen auf das övertviksprincip in der deutschen Literatur z.B. im Diskussionsbericht in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, *Fritz v. Caemmerer* (Hrsg.), S. 65 ff.; *Rudolf Bruns*, ZZP 91 (1978), 64 ff.; *Musielak*, in: Festschrift für *Gerhard Kegel*, S. 451 ff.; *Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozess, S. 22 ff.; *Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis, S. 37 ff.; *Katzenmeier*, ZZP 117 (2004), 187 ff.

151 Vgl. z.B. *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 143. *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rdn. 2336; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rdn. 694; *Leipold* in: Festschrift für *Hideo Nakamura*, S. 302, 312.

152 *Bolding*, (1960) 4 Scand. Stud. in L. 9

153 *Ekelöf*, Beweiswert, in: Festschrift für *Fritz Baur*, S. 342, 351; *ders.*, (1964) 8 Scand. Stud. in L. 45 ff.

154 Beispiele: *Bolding*, (1960) 4 Scand. Stud. in L. 9, 18, 21, 22; *ders.*, Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im Schwedischen Zivilprozeß, S. 57, 71.; *Ekelöf*, ZZP 75 (1962), 289, 290, 296; *ders.*, Beweiswert, in: Festschrift für *Fritz Baur*, S. 342, 351.

155 *Ekelöf*, Beweiswert, in: Festschrift für *Fritz Baur*, S. 342, 351.

um Ergebnis einer bestimmten Konzeption der richterlichen Beweiswürdigung ist.¹⁵⁶ Gemeinsamer Kern der durchaus unterschiedlichen¹⁵⁷ Beweiswerttheorien von *Ekelöf* und *Bolding* ist der Versuch, den Beweiswert eines einzelnen sowie der Gesamtheit aller Beweismittel als Wahrscheinlichkeitsurteil zu formulieren.¹⁵⁸ In dem Versuch, an die Stelle der Überzeugung des Richters als Ziel der Beweiswürdigung die Feststellung der Wahrscheinlichkeit einer Tatsache zu setzen¹⁵⁹, ähnelt der Ansatz von *Ekelöf* und *Bolding* in gewisser Weise jenem oben beschriebenen Teil der modernen nordamerikanischen Beweisrechtstheorie, die durch die Verwendung eines frequentistischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs¹⁶⁰ versucht, den Vorgang juristischer Tatsachenfeststellung zu objektivieren. Keinesfalls jedoch darf das överviktsprinzip mit der common law Doktrin von »proof on a balance of probabilities« verwechselt werden, die am Glauben oder an der Überzeugung des Richters als Richtschnur festhält.¹⁶¹

Schließlich gilt es deutlich zu machen, dass weder das överviktsprinzip selbst noch die Beweiswertlehren von *Ekelöf* oder *Bolding* deskriptiven Wert in bezug auf die schwedische Praxis haben.¹⁶² Weder waren diese Theorien ursprünglich als korrekte Beschreibung der schwedischen Prozesswirklichkeit gemeint¹⁶³, noch haben sie sich seit ihrer Veröffentlichung trotz des überragenden Einflusses gerade *Ekelöfs* auf das schwedische Prozessrecht durchsetzen können. Jüngere Studien betonen vielmehr, dass im Mittelpunkt des Tatsachenermittlungsvorgangs auch in Schweden die Überzeugung der Richter stehe¹⁶⁴ und dass das von diesen in Zivilprozessen angewandte Beweismaß eher hoch angesiedelt zu sein scheint.¹⁶⁵

156 Hierzu auch *Diesen*, (2000) 40 Scan. Stud. L. 169, 175 der allerdings berechtigterweise der Auffassung ist, dass gerade umgekehrt die im Rahmen der Beweiswürdigung verwendeten Kategorien sich nach den für das Beweismaß als maßgeblich erkannten Kriterien zu richten haben.

157 *Diesen*, (2000) 40 Scan. Stud. L. 169, 172.

158 Zur Fragwürdigkeit der mathematischen Implikationen *Ekelöfs* Beweiswerttheorie siehe *Jonathan Cohen*, *The Probable and the Provable*, S. 99 ff.

159 Vgl. *Bolding*, Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im Schwedischen Zivilprozeß, S. 57.

160 Vgl. z.B. *Ekelöf*, ZJP 75 (1962), 289, 292 ff. Vgl. zu dieser Einordnung der Arbeiten von *Ekelöf* und *Bolding* auch *Diesen*, (2000) 40 Scan. Stud. L. 169, 172, 174.

161 Vgl. auch *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, S. 191 ff.

162 Vgl. auch *Bengt Lindell*, in *Beweis – Preuve – Evidence*, *Heinrich Nagel & Ena-Marlis Bajons* (Hrsg.), 2003, Teil »Schweden« Rdn. 20.

163 *Bolding*, (1960) 4 Scand. Stud. in L. 9, 19 ff.; *ders.*, Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im Schwedischen Zivilprozeß, S. 57 f.

164 *Diesen*, (2000) 40 Scan. Stud. L. 169, 173.

165 Vgl. *Hanu Tapani Klami*, *Minna Hatakka & Johanna Sorvettula*, (1990) 34 Scand. Stud. L. 115, 126; *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, S. 235.

IV. Zusammenfassung

Nach dem in Zivilverfahren in common law Rechtsordnungen geltenden Beweismaß von preponderance of probabilities kommt es darauf an, ob der trier of facts, nachdem er die Beweise gewürdigt hat, mit einem vernünftigen Maß an Überzeugung glaubt, dass die zu beweisende Behauptung wahr ist. Zu betonen ist, dass es gerade nicht genügt, wenn die vom Kläger vorgebrachten Beweise eine höhere Wahrscheinlichkeit für sich haben als die von der Gegenseite vorgelegten. Entscheidend ist vielmehr, ob die klägerischen Beweise nach Beurteilung des trier of facts von solcher Stärke sind, dass er die Wahrheit der zu beweisenden Behauptung für wahrscheinlich hält.

Die Bezugnahme auf den Wahrscheinlichkeitsbegriff in der Beweismaßformel des common law darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass es bei der gerichtlichen Tatsachenfeststellung um die Ermittlung einer Wahrscheinlichkeit im Sinne des klassischen oder des frequentistischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs ginge. Dieser Wahrscheinlichkeitsbegriff wird freilich von einer Strömung innerhalb der US-amerikanischen Beweisrechtstheorie sowie von den schwedischen Prozessualisten *Ekelöf* und *Bolding* verwendet. Er ist allerdings grundsätzlich ungeeignet, den Beweiswert nicht ausschließlich statistischer Beweismittel anzugeben, da er auf einer relativen Häufigkeitsbetrachtung beruht. Da die gerichtlich festzustellen Tatsachen einer statistischen Häufigkeitsbetrachtung so gut wie immer unzugänglich sind,¹⁶⁶ vermag dieser Ansatz jedenfalls für die Praxis keine Hilfe zu leisten.

Der Ausdruck »probability« in der im common law verwendeten Beweismaßformel ist daher entweder im Sinne der subjektiven oder der induktiven Wahrscheinlichkeitslehre zu verstehen, als entweder das Maß für die Stärke der Überzeugung des trier of facts oder das Maß der Stärke der vorhandenen Rechtfertigung für die richterliche Überzeugung. Nach dem subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff ist das Fürwahrhalten einer Behauptung keine mit Ja oder Nein zu beantwortende Frage, denn Überzeugungen können nach diesem Verständnis verschiedene Stärken annehmen.¹⁶⁷ So hängt die Stärke einer Überzeugung unter anderem von der Menge der sie unterstützenden Beweismittel ab. Deren Bedeutung für den Vorgang der Überzeugungsbildung wird vom induktiven Wahrscheinlichkeitsbegriff in den Vordergrund gerückt. Insofern ähneln sich diese Wahrscheinlichkeitsbegriffe im Ergebnis und für beide lassen sich in Literatur und Rechtsprechung Belege finden.

Welchen Grad die Überzeugung des trier of facts in Zivilverfahren in common law Rechtsordnungen erreichen muss, bzw. welches Maß an Rechtfertigung für die Überzeugung erforderlich ist, lässt sich nicht präzise abstrakt defi-

166 Vgl. *David Kaye*, [1982] Am. B. Found. Res J. 487 f.; *David Hamer*, (1994) 16 Syd. L. Rev. 506, 525.

167 Vgl. *Jeremy Bentham*, A Treatise on Judicial Evidence, S. 40.

nieren. Denn dies hängt von der Art der zu beweisenden Tatsache, der tatsächlich vorhandenen, der theoretisch zu erwartenden Beweismittel und »a whole range of other circumstances«¹⁶⁸ ab. Außerhalb der USA hat sich daher die von *Lord Denning* in *Bater v. Bater*¹⁶⁹ aufgenommene Formulierung durchgesetzt, dass das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache aus der Sicht eines »reasonable and just man« zu beurteilen sei. Der Glaube des trier of facts in die Wahrheit der zu beweisenden Behauptung muss mit anderen Worten of reasonable degree sein.

168 *Morris LJ* in *Hornal v. Neuberger Prod. Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 247, 266.

169 [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.) at 459.

§ 5 Die richterliche Überzeugung als Bezugspunkt der deutschen und französischen Beweismaßformeln

Von »dem kontinentaleuropäischen Recht« zu sprechen, mag ebenso übermäßig vereinfachend sein, wie der Versuch, Aussagen über »das common law« zu treffen.¹⁷⁰ Wie gezeigt wurde, bestehen innerhalb des common law nennenswerte Unterschiede, die ebenso wenig vernachlässigt werden dürfen, wie die Unterschiede zwischen den verschiedenen civil law Rechtsordnungen.¹⁷¹ Dieser Gefahr eingedenk konzentriert sich die folgende Darstellung auf das deutsche Recht sowie auf Grundzüge des französischen Rechts. Inwieweit diese Rechtsordnungen in ihrer Beweislehre prototypisch für das kontinentale Recht sind, mögen Berufenerer beurteilen.¹⁷²

Clermont und *Sherwin* kommen in ihrer Analyse zu dem Ergebnis, dass nach französischem Recht (und – so ihr Schluss – damit nach kontinentaleuropäischem Standard) »the judge has to be convinced, without a shadow of a doubt, of a person's fault, be it civil or penal.«¹⁷³ Wenn diese Aussage tatsächlich eine adäquate Beschreibung des kontinentaleuropäischen Regelbeweismaßes wäre, hätte man in der Tat erhebliche und entscheidende Unterschiede zwischen common und civil law in dieser Frage zu konstatieren.

Wie die weiteren Betrachtungen jedoch zeigen werden, ist diese Analyse keineswegs eine zutreffende Kennzeichnung des in Deutschland verwendeten Beweismaßes. Ebenso wenig lassen sich Anhaltspunkte dafür finden, dass sie ein höheres Maß an Berechtigung in Bezug auf das französische Recht besitzt.

I. Das Beweismaß in deutschen Zivilverfahren

1. Das Beweismaß nach § 286 ZPO

Gemäß § 286 Abs. 1 ZPO setzt der Beweis einer umstrittenen Tatsache die »freie Überzeugung des Richters, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr

170 *H. Patrick Glenn*, *Legal Traditions*, S. 144, 228.

171 *Taruffo*, (2003) 51 *Am. J. Comp. L.* 659, 660.

172 Siehe z.B. *Taruffo*, a.a.O., 660 ff.

173 *Clermont & Sherwin*, (2002) 50 *Am. J. Comp. L.* 243, 250.

oder für nicht wahr zu erachten sei« voraus.¹⁷⁴ Dies wird für den deutschen Zivilprozess als das Regelbeweismaß betrachtet, das einschlägig ist, wenn keine Sondernormen eingreifen.¹⁷⁵

Die Formulierung in § 286 Abs. 1 ZPO macht jedenfalls begrifflich deutliche Anleihen bei *Kant*¹⁷⁶, der allerdings statt von »Fürwahrerachten« von »Fürwahrhalten« spricht und dieses so definiert:

»Das Fürwahrhalten ist eine Begebenheit in unserem Verstande, die auf objektiven Gründen beruhen mag, aber auch subjektive Ursachen im Gemüte dessen, der da urteilt, erfordert. Wenn es für jedermann gültig ist, so fern er nur Vernunft hat, so ist der Grund desselben objektiv hinreichend und das Fürwahrhalten heisst alsdenn **Überzeugung**.«¹⁷⁷

Wie aus dem weiteren Text deutlich wird, ist für *Kant* »Überzeugung« eine besondere Form des Fürwahrhaltens und damit grundsätzlich ein subjektiver Begriff, der allerdings insofern ein intersubjektives Moment besitzt, als der Beurteilende sein Urteil für allgemeingültig hält. Liegt die Allgemeingültigkeit tatsächlich vor und soll gerade diese bezeichnet werden, so spricht *Kant* von Gewissheit.¹⁷⁸

a) Auslegung der Vorschrift durch den BGH

In der höchstrichterlichen Judikatur finden sich verhältnismäßig wenige ausdrückliche Stellungnahmen zum Beweismaß.¹⁷⁹ Insofern besitzt die berühmte *Anastasia* Entscheidung¹⁸⁰ von 1970 nach wie vor besondere Bedeutung. In diesem Verfahren behauptete die Klägerin, das einzige überlebende Kind von Zar Nikolaus II. zu sein und machte gegen die Beklagte Ansprüche auf Herausgabe der Erbschaft geltend. Landgericht und Oberlandesgericht hatten die Klage abgewiesen, weil die Beweise nicht zum Nachweis der Erbenstellung ausgereicht hätten. Mit ihrer Revision rügte die Klägerin, dass die Untergerichte überspannte Anforderungen hinsichtlich der Beweise gestellt hätten. Der BGH wies diese

174 Bemerkenswerterweise übersetzt *Charles E. Stewart*, *German Commercial Code & Code of Civil Procedure in English*, die Worte »freie Überzeugung« mit »free discretion«.

175 Die abweichende Formulierung in § 108 Abs. 1 VwGO ist rein sprachlich und nicht substantieller Natur. Vgl. *Michael Nierhaus*, *Beweismaß und Beweislast*, S. 48 ff.

176 Siehe aber *Schulz*, *Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie*, S. 83 f.

177 *Immanuel Kant*, *Kritik der reinen Vernunft*, *Methodenlehre II. Hauptstück III. Abschnitt*, S. 829. Hervorhebung im Original.

178 A.a.O. Dass Gewissheit im kantschen Sinn weder vom Gesetz noch vom BGH gefordert wird, stellt *Deppenkemper*, *Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis*, S. 405 zutreffend fest. Er scheint hieraus aber zu Unrecht zu folgern, dass dies auch gegen eine Übernahme des kantschen Überzeugungsbegriffs spricht.

179 Ausführliche Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung (auch der Strafgerichte) Bei *Walter*, *Freie Beweiswürdigung*, S. 88 ff.

180 BGHZ 53, 245.

Ansicht zurück und betonte in der Urteilsbegründung, dass es nach dem Gesetz auf die Überzeugung des Richters von der Wahrheit ankomme und eine Wahrscheinlichkeit der behaupteten Tatsache nicht genüge.¹⁸¹ Für die Entscheidung sei die persönliche Gewissheit erforderlich, ohne dass dabei das Gesetz eine von allen Zweifeln freie Überzeugung verlange. Der Richter dürfe sich vielmehr in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebiete, ohne sie völlig auszuschließen.

Insofern erkennt auch der BGH in Übereinstimmung mit common law courts die Möglichkeit an, trotz vorhandener Zweifel den Beweis als geführt zu erachten. Zweifel und Gewissheit schließen sich also auch nach dem Verständnis des BGH keineswegs aus. Vielfach wird diese Formulierung als unlogisch kritisiert, da der Begriff »Gewissheit« gerade eine von Zweifeln freie Überzeugung bedeute.¹⁸² Diese Bedenken erledigen sich freilich, wenn man den Ausdruck »persönliche Gewissheit« durch »Überzeugung« ersetzt. Inhaltliche Konsequenzen dürften mit einer solchen Umformulierung kaum verbunden sein, wie sich auch daraus ergibt, dass diese Ausdrücke vom BGH in der Anastasia-Entscheidung synonym verwendet werden.¹⁸³

Bemerkenswerterweise rekurriert auch der BGH bei der Frage, welchen Grad die Zweifel haben dürfen, bzw. welches Maß die Überzeugung haben muss, auf den Alltagsverstand und zieht so ein zugleich intersubjektives wie flexibles Kriterium heran.¹⁸⁴

b) Beweismaßtheorien in der Literatur

Seit der Entdeckung des Themas für die deutsche Prozessrechtswissenschaft vor allem durch rechtsvergleichende Untersuchungen reißen die Beiträge zum Beweismaß nicht ab.

Sieht man von der schon erwähnten eher begrifflichen Kritik an der Verwendung des Begriffs »Gewissheit« durch den BGH ab, werden in der Literatur

181 BGHZ 53, 245, 256. Vgl. auch BGH DRiZ 1967, 216. Dieser Satz bedeutet freilich nur, dass auch eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit die Überzeugung des Richters nicht entbehrlich macht. *Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozeß, S. 65.

182 Vgl. *Leipold*, Beweismaß und Beweislast, S. 9; *Musielak*, ZZP 99 (1986), 217, 219.

183 Nach kantschem Verständnis dürfte es freilich widersinnig sein, von einer »persönlichen Gewissheit« zu sprechen, da »Gewissheit« gerade die objektive Zulänglichkeit meint, während »Überzeugung« die subjektive Zulänglichkeit beschreibt. (*Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Methodenlehre II. Hauptstück III. Abschnitt, S. 831) »Persönliche, objektive Zulänglichkeit« ist ein Widerspruch in sich.

184 Ähnlich auch BGH NJW 1999, 486, 488; NJW 1982, 2874 f.; NJW-RR 1994, 567, 568: Das gesetzliche Beweismaß habe sich an den *Erfahrungen des praktischen Lebens* zu orientieren und dürfe an die beweisbelastete Partei keine unerfüllbaren Forderungen stellen. Ebenso BGH NJW 2004, 777.

– wiederum mit einiger Vereinfachung – drei Ansichten zur Konzeption des Beweismaßes im Zivilprozess vertreten.¹⁸⁵

Die Mehrzahl der Autoren stimmt mit dem BGH darin überein, dass die Überzeugung des Richters von der Wahrheit das Ziel der Beweiswürdigung und somit das entscheidende Kriterium für das Beweismaß sei.¹⁸⁶ Die meisten Autoren betonen jedoch zugleich, dass die richterliche Überzeugung nicht ausschließlich subjektiv zu verstehen sei. Der BGH hingegen begreife das Beweismaß ersichtlich als rein persönlich-subjektive Kategorie, wenn er allein auf die persönliche Gewissheit des Richters abstelle.¹⁸⁷ Das Beweismaß müsse aber – wenn schon keine objektive – so doch wenigstens eine intersubjektive Kategorie sein, da schließlich auch von Kollegialgerichten eine entsprechende Überzeugungsbildung verlangt werde. Es ginge mithin nicht darum, dass der Richter als Einzelner, sondern in seiner Eigenschaft als Spruchkörper oder als Mitglied eines Spruchkörpers von der Wahrheit einer Behauptung überzeugt sei.¹⁸⁸ Die Bildung der Überzeugung unterliege überdies nicht der subjektiven Beliebigkeit des Tatrichters, sondern sei durch den Verfahrensablauf bestimmt. Insofern komme es nur auf die verfahrensgemäß gewonnene Überzeugung an. Schließlich dürfe der Richter nicht Regeln der Logik oder allgemeine Erfahrungssätze außer Acht lassen oder seine Wahrheitsüberzeugung gar auf abergläubische Glaubenssätze stützen.¹⁸⁹ Das Kriterium der Nachvollziehbarkeit der Überzeugungsbildung durch Dritte sei im Gesetz im Begründungszwang, also in § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO verankert.¹⁹⁰ Da es unmöglich sei, eine nachvollziehbare Begründung für eine willkürliche Beweiswürdigung zu geben, genügten derartige Beweiswürdigungen nicht den gesetzlichen Anforderungen.

Die Abweichungen dieser herrschenden Literaturmeinung zur Rechtsprechung des BGH dürften im Ergebnis gering sein. Denn auch der BGH hebt hervor, dass »die Urteilsgründe (§ 286 I 2 ZPO) frei von bloßen Vermutungen und unsicheren Gefühlen, objektiv und logisch nachprüfbar sein müssen.«¹⁹¹

Nicht immer ganz eindeutig von den Vertretern dieser Ansicht abzugrenzen sind die Autoren, nach denen das Objekt der Überzeugung des Tatrichters nicht

185 Vgl. zu dieser Einteilung *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 81 ff. Eine differenziertere Einteilung bei *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 63 ff.

186 *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 113 ff.

187 *Prütting*, in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 18; *Stein/Jonas/Leipold*, § 286 Rdn. 3; *Dieter Leipold*, in Festschrift für *Hideo Nakamura* S. 303, 309; *Karl Heinz Schwab*, in: Festschrift für *Hans W. Fasching*, S. 451, 457.

188 *Prütting*, Gegenwartsprobleme, S. 64 f.; *Musielak/Foerste*, § 286 Rdn. 17; *Stein/Jonas/Leipold*, § 286 Rdn. 2.

189 *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 21; *Rechberger* in: Festschrift für *Gottfried Baumgärtel*, S. 471, 475; vgl. *Musielak & Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, Rdn. 137.

190 Vgl. statt vieler *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 325 ff.

191 BGH NJW 1982, 2874 f.

die Wahrheit einer Behauptung, sondern ihre (hohe) Wahrscheinlichkeit sei.¹⁹² Diese Ansicht wird mit dem Wortlaut von § 286 Abs. 1 ZPO für vereinbar gehalten, da die Norm eben nicht ausdrücklich nach der Überzeugung von der Wahrheit frage, sondern nur nach der Überzeugung des Richters, ob die Behauptung für wahr zu erachten sei. Dies sei schon dann der Fall, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache spreche.¹⁹³ Diese Konzeption macht ganz deutlich, dass bei der juristischen Tatsachenermittlung nicht nur die Erkenntnis der absoluten Wahrheit genügen kann, sondern die Schwelle niedriger liegen muss. Problematisch ist freilich, dass die Theorie der Wahrscheinlichkeitsüberzeugung Voraussetzungen und Gegenstand der richterlichen Überzeugung verwechselt oder jedenfalls die Voraussetzungen der Überzeugung des Richters nicht benennt. Richtigerweise wird man sagen müssen, dass der Richter dann überzeugt ist, wenn er eine gewisse Wahrscheinlichkeit (im induktiven, nicht im statistischen Sinn) festgestellt hat. Die Wahrscheinlichkeit ist dann aber nicht Gegenstand, sondern Voraussetzung der Überzeugung. Gegenstand der Überzeugung kann logisch nur das Zutreffen der zu beweisenden Behauptung, mit anderen Worten ihre Wahrheit, sein. Denn Ziel des Beweises ist die prozessuale Feststellung des Vorliegens der streitigen Tatsache im konkreten Fall. Beweismittel, die sich nur auf die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens beziehen und nicht auf die Existenz der Tatsache im konkreten Fall, verfehlen insofern das Beweisthema. Daher kann auch das Beweismaß nicht von der Wahrscheinlichkeit der Wahrheit her begriffen werden. Auf diesen Gedanken wird bei der Entscheidung zwischen der subjektiven und der induktiven Wahrscheinlichkeitstheorie zurückzukommen sein.¹⁹⁴

Gegenüber den Ansichten, welche die Überzeugung des Richters (von der Wahrheit oder von der Wahrscheinlichkeit) in das Zentrum rücken¹⁹⁵, konnte sich eine rein objektive Konzeption des Beweismaßes nicht durchsetzen. Die Vertreter dieser Ansicht verzichten auf das Kriterium der persönlichen Überzeugung des Richters und versuchen, es – *de lege ferenda* oder *de lege lata* – durch eine objektive Wahrscheinlichkeitsbeurteilung zu ersetzen.¹⁹⁶ Dieser Versuch

192 *Musielak*, in: Festschrift für *Gerhard Kegel*, S. 451 ff.; *Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozeß; *Rechberger*, in: Festschrift für *Gottfried Baumgärtel*, S. 471, 476; *Rolf Bender*, in: Festschrift für *Fritz Baur*, S. 247 ff.; *Stelios Koussoulis*, in: Festschrift für *Dieter Schwab* (1990), S. 276, 277. *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 152, hält diesen Ansatz für im Kern identisch mit der oben dargestellten »Wahrheitsüberzeugungstheorie«.

193 Siehe *Huber*, a.a.O., S. 113.

194 Siehe S. 61 ff.

195 Praktische Unterschiede dürften sich aus den konstruktiven Abweichungen diesen Ansichten nicht ergeben. *Prütting* in *MüKo-ZPO*, § 286 Rdn. 34; *Katzenmeier*, *ZZP* 117 (2004), 187, 196.

196 *Kegel* in: Festgabe für *Kronstein*, S. 331 ff.; *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, S. 52 ff., 153 ff.; *Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis,

war und ist wohl schon deshalb zum Scheitern verurteilt, da er – ganz abgesehen von der Vereinbarkeit mit dem Wortlaut des § 286 ZPO – einen für die Zwecke juristischer Tatsachenfeststellung unbrauchbaren frequentistischen Wahrscheinlichkeitsbegriff verwendet.¹⁹⁷ An dieser Stelle sollen daher nicht die methodischen Einwendungen gegen die Verwendung dieses Wahrscheinlichkeitsbegriffs wiederholt werden.¹⁹⁸ Interessanter ist eine Auseinandersetzung mit den materiellen Argumenten der Vertreter dieser Ansicht, die mit ihrem Ansatz eine Absenkung des nach ihrer Beurteilung zu hohen Beweismaßes erreichen wollen.

Für die Vertreter des objektiven Ansatzes, die eine überwiegende Wahrscheinlichkeit (bei Verwendung eines statistischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs) für die Beweisführung genügen lassen wollen, spricht für eine derartige Absenkung des Beweismaßes in erster Linie die materielle Gerechtigkeit: Eine Absenkung des Beweismaßes wird eine Absenkung der Quote der Beweislastentscheidungen zur Folge haben. Die Vermeidung von Beweislastentscheidungen sei wünschenswert, weil dadurch die Quote der Falsch-Negativen stärker gesenkt werde als sich die der Falsch-Positiven erhöhe. Eine Entscheidung auf der Grundlage der vorgelegten Beweismittel sei einer Beweislastentscheidung grundsätzlich vorzuziehen, da letztere lediglich abstrakt ohne Ansehung des konkreten Falles erfolge. Die Chance der Richtigkeit (im Sinne von: auf der richtigen Tatsachengrundlage beruhend) eines Urteils auf der Grundlage der vorgelegten Beweise sei daher grundsätzlich höher als die eines Beweislasturteils.¹⁹⁹ Für Beweislasturteile sei daher nur in Fällen von genau gleich verteilten Wahrscheinlichkeiten Raum.

Auch ökonomisch sei es sinnvoller, von einem niedrigen Beweismaß im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit auszugehen. Jedes falsche Urteil erzeuge soziale Kosten, da die entscheidende Norm unrichtig angewendet werde. Durch den Rückgang von Falsch-Negativen würden insofern auch die sozialen Kosten minimiert, so dass ein derartiges Beweismaß nicht nur die Chance auf ein richtiges Urteil im Einzelfall erhöhe, sondern auch gesamtgesellschaftlich schadensminimierende Wirkung habe.²⁰⁰ In der Konsequenz dieses Arguments liegt es, das Beweismaß an den potentiellen Kosten eines Fehlurteils zu orientieren. In den meisten zivilrechtlichen Fällen werden die Kosten eines

S. 36 passim; vorsichtig zustimmend *Wolfgang Grunsky*, NJW 1984, 858 ff.; *Rolf Bender*, in: Festschrift für *Fritz Baur*, S. 247 ff.

197 Ebenso *Rechberger*, in: Festschrift für *Gottfried Baumgärtel*, S. 471, 472, *Katzenmeier*, ZZZ 117 (2004), 187, 193. Ausführlich hierzu *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, S. 18–32.

198 Auch der BGH lehnte die Anwendung des Bayes Theorems im Rahmen einer frequentistischen Wahrscheinlichkeitsbetrachtung ab. BGH NZV 1989, 468 ff. mit Anm. *Rommé*.

199 *Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis, S. 247.

200 *Bender*, in: Festschrift für *Fritz Baur*, S. 247, 252 ff.; *Motsch*, a.a.O., S. 82 ff.

Fehlurteils zu Ungunsten des Klägers ebenso hoch sein wie die eines solchen zu Ungunsten des Beklagten. Entsprechend genügt nach dem dargestellten Kalkül ein leichtes Überwiegen der Beweise zu Gunsten einer Seite. In ungewöhnlichen Fällen können aber die Kosten eines Falsch-Positivums höher sein als die eines Falsch-Negativums. Die unterschiedlichen Schadenserwartungen rechtfertigten dann auch ein proportional höheres Beweismaß.²⁰¹

Diese Argumente führen zur eigentlichen Kernfrage nach der Höhe des Beweismaßes. Wie schwer es für die beweisbelastete Partei tatsächlich ist, die streitigen Tatsachen zu beweisen, wird man kaum ausschließlich durch eine Auslegung der vom BGH geprägten Formeln zum Regelbeweismaß ermitteln können. Die herrschende Lehre in Deutschland nimmt an, dass das Beweismaß eher hoch sei, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, wie sie von den Vertretern der objektiven Theorie favorisiert wird, genüge keinesfalls. Gegen die Lehre von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird eingewandt, dass diese Theorie sich nicht mit § 286 Abs. 1 ZPO vereinbaren lasse, da durch diese Norm eben mehr oder doch jedenfalls etwas anderes gefordert werde als der Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit.²⁰²

Weiterhin wird bestritten, dass die Absenkung des Regelbeweismaßes tatsächlich zu einer Verringerung der unrichtigen²⁰³ Urteil führen würde. Die Verteilung der Beweislast folge im deutschen Recht einem außerordentlich fein differenzierten System von Regeln mit einem eigenen Gerechtigkeitsgehalt. Diese Regelungen würden fast vollständig ihres Anwendungsbereichs beraubt, hielte man eine Entscheidung auf tatsächlicher Grundlage schon bei einem nur leichten Überwiegen der Beweise zu Gunsten der beweisbelasteten Partei für möglich.²⁰⁴

Überdies würde ein niedriges Beweismaß Klagen auf tatsächlich fragwürdiger Grundlage fördern und so dazu beitragen, dass der Staat seine Hand zur Durchsetzung von in tatsächlicher Hinsicht nicht hinreichend abgesicherten Entscheidungen reichen müsste.²⁰⁵ Es sei jedoch eher hinzunehmen, dass der Staat ein-

201 *Motsch*, a.a.O.

202 Vgl. nur *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 40; *Stein/Jonas/Leipold*, § 286 Rdn. 5; *Musielak/Foerste*, § 286 Rdn. 17; *Katzenmeier*, ZZZ 117 (2004), 187, 193 m.w.N.

203 Hiermit ist wiederum »nicht auf den richtigen Tatsachen beruhend« gemeint. Gegen eine solche Formulierung lässt sich freilich einwenden, dass ein Beweislasturteil an sich von gar keiner Tatsachengrundlage ausgeht, so dass es in dieser Hinsicht auch nicht falsch sein kann. Hiergegen wird man aber sagen müssen, dass die Anwendung einer Beweislastnorm funktional nichts anderes ist als die Anwendung einer unwiderlegten Vermutung.

204 *Leipold*, Beweismaß und Beweislast, S. 8; *Schwab*, in: Festschrift für *Hans W. Fasching*, S. 451, 455; *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 40; *Katzenmeier*, ZZZ 117 (2004), 187, 193 m.w.N. Zu diesem Argument auf S. 72.

205 Vgl. z.B. *Habscheid*, in: Festschrift für *Gottfried Baumgärtel*, S. 105, 118; *Schwab*, a.a.O. S. 456.

mal seine Hilfe zu Unrecht verweigert, wenn es dem Kläger nicht gelingt, die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen, als dass der Staat ohne verlässliche Rechtfertigung aktiv den status quo durch eine positive Entscheidung verändert.²⁰⁶

Schließlich wird das angeblich hohe Regelbeweismaß mit dem Argument verteidigt, dass sich nur so die zahlreichen gesetzlichen Beweismaßsenkungen erklären ließen. Denn wenn schon das Regelbeweismaß niedrig sei, seien diese funktionslos, da ein ohnehin niedriges Beweismaß keinen weiteren Senkungen zugänglich sei.²⁰⁷

Dieses Argument gibt Anlass, sich mit den Beweiserleichterungen des deutschen Rechts und ihrer Beziehung zum Beweismaß des § 286 Abs. 1 ZPO auseinander zu setzen. Die bezüglich der Einordnung der Beweiserleichterungen herrschende Ansicht geht davon aus, dass es sich hierbei um Ausnahmen vom Regelbeweismaß handelt. Das Regelbeweismaß sei feststehend und bilde eine abstrakt, normativ festgelegte Schwelle.²⁰⁸ Demgegenüber soll unten unter 3. gezeigt werden, dass zum einen § 287 ZPO und § 252 S. 2 BGB keine Senkungen des Regelbeweismaßes sind und dass auch echte Fälle gesetzlicher Beweismaßerleichterungen besser als Indizien für ein flexibles Beweismaß nach § 286 ZPO verstanden werden, anstatt sie als Ausnahmen zu einem festen Regelbeweismaß zu deuten. Bevor wir uns dieser Frage zuwenden, soll jedoch ein Blick auf die Anwendung von § 286 Abs. 1 ZPO durch die instanzgerichtliche Rechtsprechung geworfen werden.

2. Das Beweismaß in der Praxis: Die Überzeugung des Tatrichters – nur ein Lippenbekenntnis?

Die Betrachtung der instanzgerichtlichen Praxis ist gerade für den in dieser Arbeit unternommenen Vergleich des praktisch verwendeten Beweismaßes besonders wichtig. Diese wird dadurch erschwert, dass sich die eigentliche Höhe des von den Gerichten tatsächlich verwendeten Beweismaßes nicht ohne Weiteres den Entscheidungsbegründungen entnehmen lässt. Denn die Frage, warum die Beweismittel es nach Überzeugung des Richters zulassen, die umstrittene Behauptung als wahr zu erachten, wird selten angesprochen. Regelmäßig findet sich nur die Feststellung, dass das Gericht eine entsprechende Überzeugung besitzt; deren Voraussetzungen bleiben in der einer Nachprüfung nicht zugänglichen Sphäre der Beweiswürdigung verborgen. Diese Feststellung darf nicht als

206 Vgl. *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 39. Dieselbe Überlegung rechtfertigt auch, dass der Kläger überhaupt die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt. Siehe S. 19 f.

207 *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 36.

208 *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 8; *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 232.

Richterschelte missverstanden werden. Denn diese Schwierigkeiten sind doch nur das Symptom dafür, dass es der Wissenschaft bislang nicht gelungen ist, der Praxis eine zugleich präzise und handhabbare Definition der Voraussetzungen der richterlichen Überzeugungsbildung zur Verfügung zu stellen.

Nach Ansicht einiger Autoren²⁰⁹ handelt es sich allerdings bei der von den Gerichten regelmäßig dargelegten »richterlichen Überzeugung von der Wahrheit« vor allem um Lippenbekenntnisse²¹⁰. Die vom BGH vorgegebene Beweismaßformel werde nur pro forma angewandt, tatsächlich sei der von den Gerichten verwendete Standard niedriger.

Zum Beleg dieser These wird oft auf die Beweiswürdigung von Zeugenaussagen verwiesen. Gerade wenn eine Partei ihre Behauptungen ausschließlich auf Zeugenaussagen stützt, scheinen die Gerichte recht laxe Anforderungen an das Beweismaß zu stellen. So ergab eine Studie, die unter anderem 645 Verfahren umfasste, in denen nur ein einziger Zeuge vernommen wurde, dass nur in drei Prozent dieser Fälle das Gericht dem Zeugen nicht folgte.²¹¹ Eine unwidersprochene Zeugenaussage wird also fast immer als hinreichend verlässlich betrachtet, den Richter von der Wahrheit der zu beweisenden Behauptung zu überzeugen.²¹² Dieses Ergebnis ist um so überraschender, führt man sich vor Augen, dass der Zeugenbeweis üblicherweise als eines der unzuverlässigsten Beweismittel eingeordnet wird.²¹³ Abgesehen von dem tatsächlich wohl eher seltenen Fall, dass der Zeuge absichtlich die Unwahrheit sagt, hängt der Wert einer Zeugenaussage entscheidend von der Wahrnehmungsmöglichkeit und -fähigkeit des

209 Musielak in: Festschrift für Gerhard Kegel, S. 451, 466; Bender, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 247 ff.; Bender & Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Bd. 1, Rdn. 373 ff.; Matthias Einmahl, NJW 2001, 469 ff.; Damaška, Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence, S. 98.

210 Auch Clermont & Sherwin ((2002) 50 Am. J. Comp. L., 243, 261) halten »lip service« auf Seiten der europäischen Instanzgerichte für eine mögliche Erklärung der Unterschiede der Beweismaßformeln zwischen kontinentaleuropäischen Rechtssystemen und common law jurisdictions.

211 Jürgen Bürkle, Richterliche Alltagstheorien, S. 169.

212 Dies gilt freilich nicht – trotz Aufgabe der sogenannten Beifahrerrechtsprechung durch BGH NJW 1988, 566 –, wenn der einzige Zeuge im Lager der beweisbelasteten Partei steht. Denn dass der Beweiswert einer Aussage des Beifahrers regelmäßig eher niedrig ist, dürfte nicht zu bestreiten sein. Die Aufgabe der Beifahrerrechtsprechung hat insofern nur – berechtigterweise – ein Ende mit der in dieser Doktrin liegenden vorweggenommenen Beweiswürdigung gemacht, vgl. Greger, NZV 1988, 13.

213 So gibt es in common law Rechtsordnungen eine gesetzliche Beweisregel, dass in bestimmten Fällen testimonial evidence nur hinreichend sein kann, wenn er durch andere Beweise bestätigt (corroborated) wird. Vgl. McCormick, vol. 2, § 328. Vgl. auch Musielak & Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, Rdn. 59. Zum Problem der Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises auch Rolf Bender & Armin Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Bd. 1, Rdn. 1–357.

Zeugen ab. Gerade bei Aussagen, in denen es um die Einschätzung von Entfernungen oder Geschwindigkeiten geht, sind die Schätzungen durch Laien und sogar die durch Polizisten von erstaunlicher Ungenauigkeit. Bei Experimenten mit Richtern, Staatsanwälten und Polizisten ergaben sich hier Abweichungen von bis zu 300%!²¹⁴ Selbst wenn die Wahrnehmung des Zeugen allerdings fehlerfrei gewesen sein sollte, besteht gerade bei gerichtlichen Zeugenaussagen, die oft Monate oder sogar Jahre nach dem fraglichen Ereignis gemacht werden müssen, die Gefahr, dass die Erinnerung des Zeugen getrübt ist, so dass der Beweiswert der Aussage weiter beeinträchtigt wird. Oft wird auch der offizielle Rahmen, in dem die Aussage abzugeben ist, den Zeugen einschüchtern und den Beweiswert seiner Aussage weiter senken. Schließlich ist die gerichtliche Aussage regelmäßig nicht das erste Mal, dass der Zeuge seine Version der Ereignisse schildert. Kaum jemand dürfte frei von der Versuchung sein, bei jedem Mal der Erzählung die Geschichte ein wenig zu variieren, um sie auf diese Weise besser also glaubhafter oder auch günstiger klingen zu lassen. Eine Lüge liegt hierin nicht, denn der Zeuge wird seine Version oft für den tatsächlichen Ablauf der Ereignisse halten.²¹⁵

Berücksichtigt man diese strukturellen Schwächen des Zeugenbeweises, scheint es in der Tat kaum möglich, auf der Basis einer einzigen Zeugenaussage die Überzeugung von der Wahrheit der unter Beweis gestellten Behauptung zu gewinnen – jedenfalls nicht, wenn man diese Formulierung mit einem hohen Beweismaß identifiziert. Insofern haben unter anderem *Rüßmann* und *Gottwald* vorgeschlagen, dass die Gerichte das Beweismaß, das sie tatsächlich anwenden, nicht hinter den gewohnten Formeln verstecken sollten. Sie sollten stattdessen offen zugeben, dass ihre Überzeugung auf Beweisen beruht, die in ihrer Stärke von Fall zu Fall schwanken. Ob die präsentierten Beweise im Einzelfall ausreichen, hängt unter anderem davon ab, welche Qualität von Beweisen man in einem derartigen Fall erwarten darf.²¹⁶

Selbst wenn es allerdings zutreffen sollte, dass das von den Instanzgerichten verwendete Beweismaß nicht einheitlich ist, sondern vielmehr in dem Sinne schwankt, dass die Stärke der Beweise, die eine Überzeugungsbildung des Richters zulässt, von einer Vielzahl von Umständen abhängt, so ist damit noch nicht der Vorwurf gerechtfertigt, dass die Instanzgerichte insoweit nur formal der Ansicht des BGH folgen würden. Diese Kritik impliziert nämlich, dass das vom BGH vorgegebene Beweismaß in der Tat fix und unveränderlich für alle Fälle normiert ist. Doch der Erkenntnis, dass das Beweismaß auch von den Umstän-

214 *Einmahl*, NJW 2001, 469, 471 Fn. 23.

215 Vgl. zu Problemen auf den Ebenen der Wahrnehmung, der Erinnerung und der Wiedergabe *Bürkle*, Richterliche Alltagstheorie im Bereich des Zivilrechts, S. 17 ff. Hinzu tritt das Problem, dass all diese Faktoren vom Richter zutreffend eingeschätzt werden müssen. Hierzu a.a.O. S. 42 ff.

216 *Rüßmann* in AK ZPO, § 286 Rdn. 14–21; *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 200 ff.

den des Falles abhängt, hat sich auch der BGH nicht verschlossen, wie unter anderem in seiner (früheren) Rechtsprechung zu Beweiserleichterungen beim groben ärztlichen Behandlungsfehler deutlich wird.²¹⁷

Auch insofern stellt sich also das Problem, ob das Paradigma von einem festen Beweismaß mit gesetzlich bestimmten Ausnahmen zugunsten eines flexiblen Beweismaßes im Sinne einer stets erforderlichen richterlichen Überzeugung, die allerdings durch unterschiedliche Beweiswerte hinreichend gerechtfertigt sein kann, aufzugeben ist. Im Rahmen einer solchen Beweismaßtheorie stellten sich die gesetzlich bestimmten Beweismaßsenkungen als benannte Fälle dar, in denen ein niedrigeres Beweismaß typischerweise angemessen ist.

3. Ausgewählte Beweiserleichterungen und ihre Bedeutung für das Beweismaß

Um der beweisbelasteten Partei aus ihrer Beweisnot zu helfen, stehen mehrere Wege zur Verfügung. Es wird zu untersuchen sein, inwieweit es sich bei diesen Instrumenten um Senkungen des Beweismaßes handelt und wie sich dies auf das Verständnis von § 286 Abs. 1 ZPO auswirkt.

Insofern kann das effektivste und möglicherweise in der deutschen gerichtlichen Praxis verbreitetste Mittel, der beweisbelasteten Partei aus ihrer Beweisnot zu helfen – nämlich die Beweislastumkehr –, von vornherein aus der folgenden Betrachtung ausgeschieden werden. Denn die Umkehr der objektiven Beweislast berührt nicht das Beweismaß,²¹⁸ sondern betrifft nur die Frage des Prozessverlustes bei Vorliegen eines non liquet. Im Falle der Beweislastumkehr trägt ausnahmsweise der Beklagte das Risiko des Prozessverlustes, wenn das Nichtvorliegen einer anspruchsbegründenden Tatsache nicht bewiesen werden kann.²¹⁹ Für diese Beweisführung des Beklagten gilt bezüglich des Beweismaßes nichts grundsätzlich anderes als bei einer Regelbeweislastverteilung nach der Rosenbergschen Normentheorie.

217 Vgl. z. B. BGH NJW 1994, 306, 307 f. Vgl. auch die obergerichtliche Rechtsprechung zum Beweismaß nach § 286 Abs. 1 ZPO für die Ursächlichkeit eines Unfalls für Verletzungen: OLG Koblenz VersR 2000, 218 f.; OLG Hamm VersR 2002, 883 f.; OLG Rostock OLG-NL 2004, 146. Zur neuen Rechtsprechung des BGH zu Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess siehe S. 75 f.

218 *Taruffo*, (2003) 51 Am. J. Comp. L., 659, 673.

219 Auch das common law kennt das Instrument der Beweislastumkehr. Sie ist dort das Ergebnis der Anwendung einer widerleglichen Vermutung (»rebuttable presumption« oder auch »legal presumption« oder auch »mandatory presumptions«). Vgl. zu dieser Terminologie *Tapper*, *Cross on Evidence*, S. 122.

a) Nachweis der Schadenshöhe

Nach wohl herrschender Meinung gilt für den Beweis des Vorliegens und der Höhe eines Schadens sowie für den Nachweis von entgangenem Gewinn gemäß § 287 Abs. 1 ZPO und § 252 S. 2 BGB ein gegenüber dem Regelbeweismaß abgesenktes Beweismaß.²²⁰

Hier soll demgegenüber die These vertreten werden, dass diese und vergleichbare Vorschriften²²¹ keine Ausnahmen zu § 286 ZPO bilden. Der Anwendungsbereich dieser Normen ist nämlich von § 286 ZPO in ontologischer Hinsicht so verschieden, dass § 286 ZPO unmittelbar ohnehin nicht in den von § 287 Abs. 1 ZPO und § 252 S. 2 BGB geregelten Fällen anwendbar wäre:

Zur Lösung der Frage, ob und in welcher Höhe dem Kläger ein Schaden entstanden ist, bedarf es nach deutschem Recht – wie im Übrigen auch nach common law²²² – eines Vergleichs zwischen dem Ist-Zustand und dem gedachten Zustand, der bestünde, wäre das schädigende Ereignis ausgeblieben.²²³ Insofern hat das Gericht bei der Schadensfeststellung einen hypothetischen Zustand zu Grunde zu legen.²²⁴ Dem Beweis im strengen Sinn des Wortes sind aber nur Behauptungen über Tatsachen zugänglich. Tatsachen sind solche Phänomene der Außen- oder der Innenwelt, die gegenwärtig existieren oder in der Vergangenheit existiert haben. Künftige Ereignisse umfasst dieser Begriff jedoch nicht. Insofern wäre es geradezu widersinnig, wenn das Gesetz den *Vollbeweis* von Behauptungen über hypothetische Zustände verlangte.²²⁵ Denn das Ziel des Beweises, die Feststellung der Wahrheit einer Behauptung, kann bei Behauptungen über hypothetische Zustände nicht erreicht werden. »Wahrheit« wurde oben²²⁶ als die Übereinstimmung von Aussage und Realität definiert. Eine Aussage über hypothetische Abläufe mag wahrscheinlich oder nachvollziehbar sein, sie kann jedoch nie im strengen Sinn des Wortes wahr sein.²²⁷ Insofern sind § 252 S. 2 BGB, § 287 Abs. 1 ZPO und ähnliche Vorschriften, die sich mit hypothetischen

220 Zu § 287 ZPO: BGH NJW 1972, 1515; BGH NJW 1993, 734; *Arens*, ZZP 88 (1975) 1, 47; *Prütting* in MüKo-ZPO, § 287 Rdn. 3, 17; *Stein/Jonas/Leipold*, § 287 Rdn. 1; *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 191; *Barbara Stichelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess (2002), S. 388. Anders *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 214 ff.; *Rißmann* in AK-ZPO, § 287 Rdn. 5. Zu § 252 S. 2 BGB: *Oetker* in MüKo-BGB, § 252 Rdn. 31; *Staudinger-Schiemann*, § 252 Rdn. 18; *Prütting*, Gegenwartsprobleme, S. 81.

221 Vgl. *Prütting*, Gegenwartsprobleme, S. 81 f.

222 Vgl. *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Exch. 341.

223 Vgl. nur *Oetker* in MüKo-BGB § 249 Rdn. 16 ff.

224 Vgl. auch *Stichelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, S. 287.

225 Ebenso *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 81; *Karl-August Klausner*, JZ 1968, 167.

226 Siehe S. 5 ff.

227 Vgl. auch *Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, S. 195.

Situationen befassen, keine Ausnahmen zu § 286 ZPO in dem Sinne, dass sie ein niedrigeres Beweismaß zulassen würden. Dass das Gesetz in diesen Fällen nicht die Überzeugung von der Wahrheit verlangt, beruht vielmehr darauf, dass es eine Wahrheit im Anwendungsbereich der Vorschriften nicht einmal als Ideal gibt. § 287 Abs. 1 ZPO und § 252 S. 2 BGB sind somit keineswegs überflüssig.²²⁸ Sie sind im Gegenteil eine überzeugende Würdigung der ontologischen Besonderheiten der gegelten Fälle.²²⁹

b) Die Glaubhaftmachung

In einigen gesetzlich bestimmten Fällen genügt statt des Vollbeweises die Glaubhaftmachung im Sinne von § 294 Abs. 1 ZPO. Abgesehen von der Zulassung der eidesstattlichen Versicherung als Mittel zur Glaubhaftmachung wird der Norm von der herrschenden Meinung die Funktion zugesprochen, das in § 286 Abs. 1 ZPO festgeschriebene Beweismaß abzusenken.²³⁰ Vor allem bei Entscheidungen über Anträge auf Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz erachtet es die herrschende Meinung für genügend, wenn für die vom Gericht zu Grunde gelegten Tatsachen nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht.²³¹

Mehrere Erwägungen rechtfertigen ein niedriges Beweismaß²³² bei der Glaubhaftmachung. Zunächst ist die Glaubhaftmachung häufig in solchen Verfahren zulässig, in denen nur eine Partei die Chance erhält, ihre Beweise zu präsentieren. Auf der Grundlage nur einseitigen Vorbringens wird es dem Richter freilich fast immer unmöglich sein, zu einer Überzeugung von der Wahrheit zu gelangen. Möglicherweise wird er sich sogar über die Wahrscheinlichkeit des Vorbringens des Antragstellers oder des Klägers kein Urteil erlauben dürfen. Es kann vernünftigerweise nicht mehr verlangt werden, als dass er die Version des Klägers für glaubhaft hält. Da insofern also ein Großteil der Entscheidungen im Anwendungsbereich von § 294 ZPO Situationen betrifft, in denen der Richter seine Einschätzung der Fakten auf offensichtlich unvollständiges Beweismaterial stützen muss, kann von ihm in diesen Fällen nicht die Überzeugung von der

228 A.A. *Rüssmann* in AK-ZPO, § 287 Rdn. 5; *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 218.

229 Zur Behandlung künftiger Ereignisse vgl. *Ball*, (1961) 14 Vand. L. Rev. 807, 815: »The future is uncertain, but man must act«.

230 *Stein/Jonas/Leipold* § 294 Rdn. 1; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 294, Rdn. 1; *Thomas/Putzo*, § 294 Rdn. A.A. *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 217.

231 BGH NJW 1996, 1683; BGH FamRZ 1996, 408, 409; *Stein/Jonas/Leipold*, § 294 Rdn. 1; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 80.

232 Begrifflich ist es freilich nicht ganz exakt, im Zusammenhang mit Glaubhaftmachung von »Beweis«-maß zu sprechen, da es ja gerade nicht um den »Beweis« der behaupteten Tatsache geht.

Wahrheit verlangt werden. Die Unvollständigkeit des Beweismaterials ergibt sich bei der Glaubhaftmachung aber nicht nur aus der (häufigen) Einseitigkeit der Beweise, sondern auch aus dem Erfordernis des § 294 Abs. 2 ZPO, nach dem nur unmittelbar verfügbare Beweise erhoben werden können. Diese der Eilbedürftigkeit der Entscheidungen geschuldete Beschränkung der Beweismittel erzeugt auch in Verfahren unter Beteiligung beider Seiten eine gewisse Reduzierung der zulässigen Beweismittel, die nicht ohne Auswirkung auf das Beweismaß bleiben kann. Denn es kann von einem besonnenen Richter nicht verlangt werden, zu einer Überzeugung von der Wahrheit zu kommen, wenn er weiß, dass noch Beweismittel vorhanden sind, die er in Folge von § 294 Abs. 2 nicht erheben konnte.

Schließlich ist es der oft vorläufige Charakter der Entscheidungen im Anwendungsbereich von § 294 ZPO, der eine Absenkung des Beweismaßes zulässig erscheinen lässt. Aus diesem Grund hält *Scherer* die Anwendung eines niedrigeren Beweismaßes im Rahmen der Glaubhaftmachung überhaupt nur bei vorläufigen Entscheidungen für zulässig. Ginge es um de facto endgültige Entscheidungen, so sei vom Richter zu verlangen, dass er eine Tatsache nur dann seiner Entscheidung zu Grunde legt, wenn er von ihrem Vorliegen überzeugt ist.²³³

Die Glaubhaftmachung zeigt insofern sehr anschaulich, welche Faktoren das Beweismaß beeinflussen. Dies sind zum einen die Menge und die Qualität der theoretisch verfügbaren Beweismittel und zum anderen die Konsequenzen der in Rede stehenden Entscheidung. Dass diese Faktoren zwar typischerweise aber nicht nur bei der Glaubhaftmachung vom Normalfall abweichen, bestätigt die These, dass auch das Beweismaß nach § 286 ZPO nicht in dem Sinne als feststehend begriffen werden kann, dass stets derselbe Gesamtbeweiswert als Rechtfertigung für die Überzeugung verlangt werden kann.

c) Das Beweismaß beim Anscheinsbeweis

Das Institut des Anscheinsbeweises besitzt praktisch ebenso große Bedeutung wie es im Grundsatz und in Einzelheiten theoretisch umstritten ist. Schon seine Einordnung als formell- oder materiellrechtliches²³⁴ Institut ist unklar; manche halten es für eine die Beweislastverteilung betreffende Regel²³⁵, andere sehen in der Zulassung eines Anscheinsbeweises eine Absenkung des Regelbeweisma-

233 *Inge Scherer*, Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung (1996), S. 92. Methodische Einwände dagegen bei *Prütting* in *MüKo-ZPO*, § 294 Rdn. 25.

234 So *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 169 ff.

235 *Heinz Wassermeyer*, Der prima-facie Beweis (1954); *Diederichsen*, ZZZ 81 (1968), 69. Dagegen *Dietmar Hainmüller*, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß (1966), S. 74 ff.

bes²³⁶, während wieder andere im Anscheinsbeweis keine strukturellen Unterschiede zum normalen Beweis erkennen²³⁷.

Einigkeit besteht insoweit, dass in den Fällen, in denen eine Partei sich des Anscheinsbeweises bedienen darf, sie nicht die anspruchsbegründende Tatsache selbst, sondern das Vorliegen eines Indizes beweist, dessen Existenz mit einer gewissen Sicherheit den Schluss auf das Vorliegen der eigentlich relevanten Tatsache gestattet.²³⁸ Dieser Schluss wird durch einen induktiv gebildeten²³⁹ Erfahrungssatz gerechtfertigt, der besagt, dass immer dann, wenn die bewiesene Tatsache X vorliegt, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch die zu beweisende Tatsache Y existiert. Insofern ähnelt der Anscheinsbeweis des deutschen Rechts der *res ipsa loquitur* Maxime im common law.²⁴⁰ Diese Doktrin ist allerdings nur in negligence-cases und auch dort nur dann anwendbar, wenn der Beklagte die alleinige Kontrolle über die Schadensursache hatte.²⁴¹

Beim Anscheinsbeweis hängt die Stärke des Beweises ersichtlich entscheidend von der Qualität des verwendeten Erfahrungssatzes ab, die nichts anderes als die Frage nach der Wahrscheinlichkeit (im klassischen Sinn!) dafür ist, dass die zu beweisende Tatsache zugleich mit der bewiesenen Tatsache vorliegt.²⁴² Hält man hier auch schwache Erfahrungssätze von nur geringer statistischer Aussagekraft für geeignet, den erwünschten Schluss zu rechtfertigen, so muss man annehmen, dass die Anwendung des Anscheinsbeweises zu einer Senkung des Beweismaßes führt. Hält man umgekehrt grundsätzlich nur Sätze mit hoher oder sehr hoher statistischer Aussagekraft für anwendbar, so bedeutet die Anwendung des Anscheinsbeweises auch keine Reduktion des Beweismaßes, so dass insoweit dieselben – nach dieser Ansicht hohen – Kriterien gelten können, wie im Rahmen des normalen Vollbeweises.

236 Musielak, Grundlagen der Beweislast, S. 120 ff.; Walter, Freie Beweiswürdigung, S. 206 ff.; Stein/Jonas/Leipold, § 286 Rdn. 92; ders., Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, S. 11 ff.; Bender, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 247, 259.

237 Prütting in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 64.

238 Vgl. nur Prütting in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 48; Leipold, Beweismaß und Beweislast, S. 11.

239 Oliver Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast (1989), S. 7 ff.

240 Ebenso Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, S. 2 Fn. 14. Das Institut des Anscheinsbeweises weist auch Ähnlichkeiten mit den sogenannten »presumptions of fact« im common law auf. In beiden Fällen verändert sich nach herrschender Meinung die objektive Beweislast nicht, und in beiden Fällen kann der Gegner den Gegenbeweis führen, indem er einen ungewöhnlichen Geschehensablauf nachweist. Tapper, Cross on Evidence, S. 122.

241 Kötz & Zweigert, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 655.

242 Leipold, Beweismaß und Beweislast, S. 12; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 212.

Die Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis zeigt geradezu exemplarisch, dass keine dieser Ansichten in der Lage ist, sämtliche Fälle widerspruchsfrei zu erklären.²⁴³ Die Probleme lösen sich auf, wenn man erkennt, dass es beim Anscheinsbeweis – ebenso wenig wie beim normalen Beweis – eine feste Mindestgrenze für die Stärke des verwendeten Erfahrungssatzes gibt. Nur so kann man erklären, dass zum Teil Sätze mit verhältnismäßig niedriger Wahrscheinlichkeit für ausreichend gehalten wurden²⁴⁴, während in anderen Fällen sogar eine 99,2% ige Wahrscheinlichkeit²⁴⁵ nicht als hinreichend erachtet wurde.

So lässt sich die Verwendung von Erfahrungssätze mit relativ niedriger Signifikanz gerade für Fragen der Kausalität zum Beispiel dadurch erklären, dass hier die Beweislage für die beweisbelastete Partei typischerweise besonders schlecht ist, so dass man in dieser Hinsicht grundsätzlich ein niedrigeres Beweismaß befürworten kann.²⁴⁶ Insofern könnte man also eine Ausnahme zum festen Regelbeweismaß annehmen. Dennoch erscheint es plausibler, das Dogma vom festen Beweismaß gänzlich aufzugeben. Denn diese Konstruktion kann wiederum nicht erklären, warum im Einschreiben-Fall²⁴⁷ der Beweis trotz einer außerordentlich hohen Wahrscheinlichkeit nicht als geführt erachtet wurde. Die Verwendung eines sehr hohen Beweismaßes war in diesem Fall nämlich durch das vorprozessuale Verhalten des Klägers gerechtfertigt, der es unterlassen hatte, eine eindeutige Beweislage zu schaffen, obwohl ihm dies durch Sendung des Briefes per Einschreiben leicht möglich gewesen wäre. So wie die Zerstörung von Beweismitteln durch den Beweisgegner als Beweisvereitelung das Beweismaß senken kann²⁴⁸, kann eben auch das vorwerfbare Unterlassen der Schaffung von liquiden Beweismitteln das Beweismaß erhöhen.

Hinsichtlich des Beweismaßes stellt sich der Anscheinsbeweis insofern tatsächlich nicht anders dar, als der normale Beweis. Jeweils sind in einigen Fällen schon Beweismittel mit relativ geringem Geicht ausreichend, während in anderen Fällen nur Beweismittel von besonders hoher Qualität genügen, den Beweis als geführt zu erachten. Zu betonen ist an dieser Stelle erneut, dass auch bei einem flexiblen Beweismaß in keinem Fall auf die Überzeugung des Richters verzichtet werden kann. Die Beweise müssen in jedem Fall eine Stärke haben, die den Richter vom Vorliegen der behaupteten Tatsache überzeugt sein lässt. Veränderlich ist allein das Maß der Rechtfertigung, das für diese Überzeugung erforderlich ist.

So erklärt es sich schließlich auch, dass der BGH immer wieder auch in Fällen des Anscheinsbeweises vom Erfordernis der richterlichen Überzeugung

243 Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung zitiert von *Rommé*, Anscheinsbeweis, S. 79 ff.

244 Vgl. z.B. BGHZ 11, 227; BGH NJW 1954, 1119.

245 BGHZ 24, 308.

246 *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 47.

247 BGHZ 24, 308.

248 BGH NJW 1998, 79 ff.; NJW 2004, 222.

spricht.²⁴⁹ Denn der Anscheinsbeweis unterscheidet sich vom normalen Beweis nur dadurch, dass das Beweisthema weiter ist, indem auch Indizien, die für sich weder anspruchsbegründend noch anspruchsausschließend sind, Gegenstand einer Beweiserhebung sein können.²⁵⁰ Er macht aber nicht die richterliche Überzeugungsbildung verzichtbar.

d) Ein Umriss der von deutschen Gerichten verwendeten Beweismaßtheorie

Das durch die deutschen Zivilgerichte verwendete Beweismaß lässt sich nach hier vertretener Ansicht somit am besten mit einer Theorie beschreiben, die sich an folgenden Eckpunkten orientiert: Der Beweis ist in allen Fällen nur dann erbracht, wenn der Richter vom Vorliegen der behaupteten Tatsache überzeugt ist. Diese innere Überzeugung ist nicht mit einem Wahrscheinlichkeitsurteil gleichzusetzen. Fraglich ist vielmehr, ob der Richter die Behauptung für wahr hält. Grundsätzlich kommt es hierbei nur auf die Überzeugung des Richters an, wobei diese allerdings intersubjektiv zu verstehen ist, in dem Sinne, dass die Überzeugungsbildung rational nachvollziehbaren Kriterien genügen muss. Dies ist der Fall, wenn der vom Richter ermittelte Gesamtbeweiswert eine im Einzelfall hinreichende Rechtfertigung liefert.

Problematisch ist die notwendige Stärke der Beweismittel als die Grundlage der Überzeugung des Richters. Auch nach herrschender Meinung ist diese nicht in allen Fällen gleich. Zwar gibt es nach herrschender Meinung ein festes Regelbeweismaß in dem Sinn, dass die Beweismittel eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der Tatsache ergeben müssen. Von diesem Erfordernis werden aber Ausnahmen, z.B. im Bereich des Beweises der Kausalität, zugelassen.²⁵¹ Der gerichtlichen Praxis erscheint jedoch eine Theorie näher zu kommen, die das Paradigma vom festen Regelbeweismaß aufgibt und erkennt, dass die Mindeststärke der Beweise von zahlreichen Umständen des konkreten Falles abhängt, die im Einzelfall für hohe oder niedrige Maßstäbe sprechen können. Die von der herrschenden Meinung anerkannten Ausnahmen stellen sich dann als Regelbeispiele dar, in denen eine niedriges Beweismaß typischerweise angemessen ist. Diese Theorie vom flexiblen Mindestgesamtbeweiswert erstreckt im Ergebnis die Freiheit der Beweiswürdigung über den Vorgang der Würdigung im engeren Sinn hinaus auch auf die Beurteilung, welcher Beweiswert für die Erlangung der Überzeugung im konkreten Fall erforderlich ist.

249 Vgl. z.B. BGH NJW 1998, 79, 81; XI ZR 210/03 v. 05.10.2004; NJW-RR 2004 1432, 1434.

250 *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, S. 175 hebt insofern zutreffend hervor, dass der Unterschied zum Indizienbeweis eher gradueller als struktureller Natur ist.

251 *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 47 m.w.N.; vgl. auch *Holger Fleischer*, JZ 1999, 766, 773.

II. Das Beweismaß im französischen Recht

Der Zweck des französischen Beweisrechts ist – ebenso wie es für die untersuchten common law Rechtsordnungen und das deutsche Recht festgestellt wurde – die Feststellung der Wahrheit.²⁵² Entsprechend verweisen mehrere Vorschriften des Code Civil (CC) und des Nouveau Code de Procédure Civile (NCP) auf die Wahrheit als das Ziel der Tatsachenfeststellung.²⁵³

Eine gesetzliche Festschreibung des Beweismaßes sucht man allerdings jedenfalls in Bezug auf Zivilverfahren vergeblich. Nur für Strafverfahren schreibt Art. 427 I des Code de Procédure Pénale (CPP) vor, dass der Richter die tatsächlichen Feststellungen getreu seiner inneren Überzeugung zu treffen habe:

»Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son *intime conviction*.«

Das französische Recht wird gerade von ausländischen Beobachtern oft als »Tatsachen vermeidend« beschrieben.²⁵⁴ Gemeint sind damit wohl die deutlichen Vorbehalte des französischen Zivilverfahrensrechts gegenüber dem Zeugenbeweis. So wird der Urkundsbeweis grundsätzlich dem Zeugenbeweis vorgezogen, oft ist überhaupt nur dieser zulässig.²⁵⁵ Wie im deutschen Recht spielen (widerlegliche) Vermutungen eine erhebliche Rolle, die tendenziell ebenfalls dazu führen, dass der Richter der Mühe enthoben ist, festzustellen, wie sich die Dinge wirklich ereignet haben.

Schließlich scheint auch die französische Rechtswissenschaft dem Beweisrecht insgesamt und insbesondere dem Beweismaß nicht annähernd so viel Aufmerksamkeit zu widmen, wie dies etwa in common law Rechtsordnungen der Fall ist. Wenn sich französische Autoren überhaupt mit der Frage auseinandersetzen, wann der Beweis als erbracht gesehen werden kann oder muss, verwenden sie regelmäßig die Formulierung, dass »quand la réalité d'un fait est devenue certaine, on dit que sa preuve est faite.«²⁵⁶ In diesem Zusammenhang darf »certaine« nicht mit »absolut gewiss« gleich gesetzt werden. Der Begriff soll vielmehr deutlich machen, dass es das Ziel der Beweiserhebung ist, eine subjektive Überzeugung beim Richter herzustellen.²⁵⁷ Dies wird deutlich, wenn man

252 Philippe Théry, (1996) 23 Droits 41, 47.

253 Vgl. Article 10 CC and Artt. 181, 218, 231 NCCP.

254 James Beardsley, (1986) 34 Am. J. Comp. L. 459, 470: »tendency of fact avoidance«.

255 Vgl. Art. 1315–1348 CC.

256 Vgl. etwa Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, no. 350. Auf diesen bezieht sich auch aus belgischer Sicht Paul Foriers, *La Preuve en droit*, S. 7, 17 f.

257 Jean-Denis Bredin, (1996) 23 Droits 21, 24; Théry, (1996) 23 Droits 41, 46; Claude Giverdon, (1956) 31 Tul. L. Rev. 29, 38. Vgl. auch Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, no. 2.

sich die Definition von *Planiol* vor Augen führt, der »«preuves» les *divers procédés* employés pour convaincre le juge« nennt.²⁵⁸

In ihrer Studie des französischen Zivilverfahrensrechts stellen *Herzog* und *Weser* fest, dass »French authors usually state that the conclusions reached do not need to be absolutely true, but that it is sufficient if they are probable.«²⁵⁹ Auch wenn die dort gegebenen Nachweise nicht verifiziert werden konnten, scheint diese Beschreibung des französischen Beweismaßes dennoch zutreffend zu sein, jedenfalls wenn man »probable« hier im Sinne der subjektiven oder induktiven Wahrscheinlichkeitstheorie versteht. Denn die französischen Autoren, die sich überhaupt mit dem Problem des Beweismaßes befassen, unterscheiden sämtlich zwischen der historischen, objektiven Wahrheit und der Überzeugung des Richters vom Geschehensablauf als dem Ergebnis der juristischen Tatsachenwürdigung.²⁶⁰ Dabei sehen sie zwischen der Überzeugung im Rahmen juristischer Tatsachenfeststellung und der Überzeugung bei Entscheidungen außerhalb des juristischen Kontexts weder strukturelle noch graduelle Unterschiede.²⁶¹ Insofern ist es nicht erforderlich, dass der Richter vollkommen frei von Zweifeln hinsichtlich der Richtigkeit der von ihm festgestellten Tatsachen sein muss.²⁶² Dass die richterliche Überzeugung ein relativer Begriff ist, wird von *Bredin* durch das Beispiel einer kollegialgerichtlichen drei zu zwei Entscheidung verdeutlicht.²⁶³ Das Gericht als Spruchkörper kann in einem solchen Fall zu einer Überzeugung kommen, die für einen Schuldspruch oder eine Entscheidung zu Gunsten der beweisbelasteten Partei genügt. Dass die Entscheidung aber angezweifelt werden kann, ergibt sich schon daraus, dass zwei der Richter persönlich nicht davon überzeugt waren, dass der Beweis erbracht worden ist. *Giverdon* schließlich zeigt sich schon stark durch das adversielle Denken des common law geprägt, wenn er schreibt, dass »judicial proof comes down to a simple probability; the party who gains the better position in the argument wins the process.«²⁶⁴

III. Zusammenfassung

Auch im kontinentaleuropäischen Recht ist das Ziel des Beweises die Ermittlung der Wahrheit. Da die objektive Wahrheit aber oft gerichtlich nicht feststellbar sein wird, genügt für die Zwecke des Prozesses in diesen Rechtsordnungen

258 *Planiol*, a.a.O.

259 *Peter Herzog & Martha Weser*, *Civil Procedure in France* (1967), S. 310.

260 Vgl. z.B. *Théry*, (1996) 23 *Droits* 41, 48.

261 *Bredin*, (1996) 23 *Droits* 21, 27.

262 *Giverdon*, (1956) 31 *Tul. L. Rev.* 29, 38.

263 *Bredin*, (1996) 23 *Droits* 21, 27.

264 *Giverdon*, (1956) 31 *Tul. L. Rev.* 29, 38.

die Überzeugung des Richters, dass die zu beweisende Behauptung wahr ist. Die Betonung des Erfordernisses der richterlichen Überzeugung darf jedoch nicht als die Festschreibung eines hohen Beweismaßes in dem Sinne missverstanden werden, dass eine Überzeugung bar jeglicher Zweifel gefordert wäre.

Im Gegenteil ist man sich auch in Frankreich und Deutschland darüber im Klaren, dass eine zweifelsfreie Überzeugung nicht verlangt werden kann. Dass der Richter im Sinne der üblichen Beweismaßformeln vom Vorliegen des Beweisthemas überzeugt sein kann, obwohl er noch Zweifel hat, wird von den Gerichten weder für widersprüchlich gehalten noch verschwiegen.

Soweit *Clermont* und *Sherwin* in ihrer Analyse des kontinentaleuropäischen Beweismaßes zu dem Ergebnis kommen, dass der französische Richter »has to be convinced, without a shadow of a doubt, of a person's fault, be it civil or penal«²⁶⁵, verzerrt diese Beschreibung sowohl das französische als auch – bei allen Abweichungen – das deutsche Beweismaßkonzept erheblich. Die Wurzel dieses Missverständnisses scheint darin zu liegen, dass *Clermont* und *Sherwin* nicht erkannt haben, dass sowohl die Beweismaßformeln des common law als auch die französischen und deutschen Beweismaßformeln jeweils nur die halbe Wahrheit zum Beweismaß wiedergeben. Während sich die common law Formeln von »balance of probabilities« oder »preponderance of the evidence« auf den Mindestgesamtbeweiswert beziehen, zielen die kontinentaleuropäischen Beweismaßformeln in erster Linie auf die innere Überzeugung des Richters, die sich aus den von ihm festgestellten Beweiswerten ergibt. Eine vollständige Theorie zum Beweismaß muss jedoch sowohl Kriterien zum Mindestgesamtbeweiswert enthalten, wie auch die Überzeugung des Richters vom Vorliegen des Beweisthemas als notwendiges Element umfassen.

265 *Clermont & Sherwin*, (2002) 50 Am. J. Comp. L. 243, 250.

§ 6 Eine einheitliche Beweismaßtheorie für das common und das civil law

Die §§ 4 und 5 waren in erster Linie der Beschreibung des in den verschiedenen common law Rechtsordnungen sowie des in Deutschland und Frankreich verwendeten Beweismaßes gewidmet. Da eine solche deskriptive Untersuchung bei den einschlägigen Beweismaßformeln nicht stehen bleiben darf, war es unvermeidlich, die gerichtliche Praxis und ihre Würdigung durch die Rechtswissenschaft in die Betrachtung einzubeziehen. Insoweit es darum ging, diese Praxis über eine Beschreibung der Einzelfälle hinaus auf ein einheitliches Fundament zu stellen, ließ sich auch eine Stellungnahme hinsichtlich der zu Grunde liegenden Theorie nicht vollständig vermeiden.

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, zu zeigen, dass sich für beide Rechtskreise eine gemeinsame Theorie vom Beweismaß entwickeln lässt. Hierbei ist nicht nur die Übereinstimmung der Ansätze in konzeptioneller, sondern auch in quantitativer Hinsicht bemerkenswert. Mit anderen Worten deckt sich nicht nur die verwendete Beweismaßtheorie, sondern es fehlen auch Anhaltspunkte dafür, dass in common law courts von Richtern oder Juroren tatsächlich ein niedrigeres Beweismaß verwendet würde als dies in kontinentaleuropäischen Gerichtssälen der Fall ist.

Beweiserleichterungen, die dies und jenseits des Ärmelkanals in durchaus vergleichbaren Situationen der beweisbelasteten Partei gewährt werden, sind ein deutlicher Anhaltspunkt für die These vom einheitlichen Beweismaß. Ebenso spricht die Praxis in Prozessen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit dafür, dass beim Beweismaß keine entscheidenden Differenzen zwischen den Rechtsordnungen bestehen. Schließlich wird auf die vom ALI und UNIDROIT entwickelten Principles of Transnational Civil Procedure einzugehen sein, deren Behandlung des Beweismaßes ebenfalls ein eindrucksvoller Beleg für die Identität jedenfalls der verwendeten Beweismaßtheorien ist.

I. Die Überzeugung des Richters auf der Basis eines flexiblen Gesamtbeweiswerts

In beiden Rechtskreisen ist das Ziel der juristischen Sachverhaltsfeststellung die Ermittlung der Realität, so dass eine Behauptung dann bewiesen ist, wenn sie für wahr gehalten wird. Auch auf die Frage, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit eine Behauptung als wahr angesehen werden kann, geben beide Rechtskreise bei näherem Hinsehen dieselbe Antwort. Stets ist der entscheiden-

de Prüfstein die subjektive Einschätzung desjenigen, der die erhobenen Beweise zu würdigen hat. Während dieses Kriterium von den in Frankreich und Deutschland verwendeten Beweismaßformeln offen angesprochen wird, wird es von den im Zivilprozess des common law üblicherweise verwendeten Formulierungen eher verdeckt, wodurch Autoren aus dem civil law oft verführt werden, das Beweismaß des common law als objektives Konzept darzustellen.²⁶⁶ Wie die Analyse in § 4 jedoch gezeigt hat, ist auch im common law der belief des trier of facts der eigentliche Prüfstein und nicht eine (womöglich objektiv messbare) Wahrscheinlichkeit.

Der Begriff der Wahrscheinlichkeit kommt vielmehr erst auf einer späteren Ebene ins Spiel, die nun wiederum von den Beweismaßformeln des common law sehr genau adressiert wird, während die kontinentaleuropäischen Formeln das Problem nicht ansprechen. Es geht um die Frage, welches Maß an Rechtfertigung für die intuitiv gefundene²⁶⁷ Überzeugung des trier of facts notwendig ist, damit er sie seiner Entscheidung auch zugrunde legen darf.²⁶⁸ Die richterliche Überzeugung ist insofern zwar ein notwendiges aber kein hinreichendes Kriterium.²⁶⁹ Ebenso wie von Erkenntnistheoretikern »Wissen« als eine berechnete, zutreffende Überzeugung definiert wird,²⁷⁰ erfordert auch die juristische Tatsachenfeststellung ein Rechtfertigungselement. Wenn das Maß der Bestätigung für eine Überzeugung in Wahrscheinlichkeitsbegriffen ausgedrückt wird, so wird hiermit auf den von *Cohen* entwickelten induktiven Wahrscheinlichkeitsbegriff zurückgegriffen, der Wahrscheinlichkeit weder im Sinne der klassischen, frequentistischen Wahrscheinlichkeitslehre noch im Sinne einer subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie versteht.

Der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff definiert Wahrscheinlichkeit als das Maß der Stärke einer Überzeugung.²⁷¹ *Oben*²⁷² konnte die Entscheidung zwischen subjektivem und induktivem Wahrscheinlichkeitsbegriff noch offengelassen werden, da es insoweit nur um die Ablehnung jedes objektiven Wahr-

266 Vgl. z.B. *Schwab*, in: Festschrift für *Hans W. Fasching*, S. 451, 457; *Habscheid*, in: Festschrift für *Gottfried Baumgärtel*, S. 118; *Katzenmeier*, ZZP 117 (2004), 187, 199.

267 *Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, S. 165 f.

268 Vgl. *Trickett*, (1906) 10 Dick. L. Rev. 76, zitiert bei 9 *Wigmore*, § 2498.

269 *Damaška*, Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence, S. 97.

270 *Goldman*, Epistemology and Cognition, S. 4; *Walker*, (1996) 62 Brooklyn L. Rev. 1075, 1081, 1092; *Damaška*, (1998) 49 Hastings L.J., 289, 294 ff.; *Ronald J. Allen & Brian Leiter*, (2001) 87 Va. L. Rev. 1491, 1494.

271 Zu diesem subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff vor allem *Nell*, S. 35 ff. *Nell* spricht den induktiven Wahrscheinlichkeitsbegriff kurz auf S. 35 an und nennt diesen Ansatz eine subjektivierete Variante des logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs. Er hält diesen für die juristische Sachverhaltsfeststellung für ungeeignet, da er »nichts über die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Ereignisses als solchen« aussage. Das ist ebenso zutreffend wie unschädlich. Begründung im Text.

272 Siehe S. 23.

scheinlichkeitsbegriffs ging. Nach der Betrachtung der Behandlung des Beweismaßes insbesondere in Deutschland und Frankreich bleibt jedoch nur der induktive Wahrscheinlichkeitsbegriff als taugliche Theorie im Rahmen juristischer Sachverhaltsfeststellung. Denn wie gezeigt wurde, ist stets die Überzeugung des Richters erforderlich, damit eine Behauptung im Prozess als wahr behandelt werden kann. Dieses gesetzlich festgelegte Kriterium lässt keinen Raum dafür, anzunehmen, dass die Überzeugung verschiedene Abstufungen haben kann. Eine Überzeugung zu haben, ist insofern eine Entscheidung zwischen 0 oder 1, von Ja oder Nein.²⁷³ Daher lässt sich der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff, der eine variable Stärke der richterlichen Überzeugung annimmt, nicht mit § 286 ZPO vereinbaren.

Wenn aber auf der einen Seite die Überzeugung des Richters in allen Fällen vorliegen muss, so muss man auf der anderen Seite berücksichtigen, dass wir nicht jede Entscheidung mit dem gleichen Maß an Richtigkeitsgewähr treffen können, da die Sicherheit unserer Entscheidung von einer Vielzahl von Faktoren abhängt, die von Fall zu Fall stark schwanken.²⁷⁴

Der große Vorzug des induktiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs liegt darin, dass er es ermöglicht, einerseits das Element der richterlichen Überzeugung als Fixpunkt aufrecht zu erhalten (insofern ist das Beweismaß einheitlich und nicht schwankend), und zugleich die kognitive, ontologische und normative Verschiedenheit der zu beurteilenden Behauptungen nicht zu missachten, indem das Maß der erforderlichen Richtigkeitsgewähr nicht abstrakt festgelegt wird, sondern im Einzelfall vom Richter gefunden werden muss.²⁷⁵

Die Richtigkeitsgewähr für die Überzeugung des Richters ist nichts anderes als der Beweiswert aller Beweismittel, also der Gesamtbeweiswert.²⁷⁶ Das feststehende Element ist die Überzeugung des Richters, das von Fall zu Fall schwankende Element ist der mindestens erforderliche Gesamtbeweiswert. Gegen die Festlegung eines mindestens erforderlichen Gesamtbeweiswerts wird verschiedentlich die praktische Unmöglichkeit eingewandt, schon den Beweiswert eines einzigen Beweismittels exakt angeben zu können. Erst recht lasse sich also kein aus allen Beweismitteln ergebender Gesamtbeweiswert feststellen.²⁷⁷ Dieser Gesichtspunkt ist ein durchschlagendes Argument gegen jeden Versuch, eine mathematische Konzeption der Beweiswürdigung zu entwerfen,

273 Vgl. *Cohen*, *The Probable and the Provable*, S. 311 f. Siehe auch *Musielak & Stadler*, *Grundfragen des Beweisrechts*, Rdn. 143.

274 Ebenso *Nell*, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, S. 210 ff.

275 Zur Flexibilität des erforderlichen Maßes an Richtigkeitsgewähr siehe auf S. 66. Ebenso *Rüssmann* *AK-ZPO*, § 286 Rdn. 22 ff.; ähnlich auch *Gräns*, *Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile*, S. 258.

276 Für die Differenzierung des Beweismaßes in »richterliche Überzeugung« und »hinreichendem Beweiswert« auch *Gräns*, a.a.O.

277 *Walter*, *Freie Beweiswürdigung*, S. 178; *Prütting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, S. 78, 85.

wie ihn vor allem *Ekelöf* unternommen hat. Er lässt sich jedoch nicht gegen die hier vertretene Auffassung geltend machen. Zunächst ist die Vorstellung eines mindestens nötigen Maßes an Bestätigung für die Sachverhaltsfeststellung durch den Tatrichter eine Selbstverständlichkeit: Für das deutsche Recht ist anerkannt, dass die Beweiswürdigung insoweit revisibel ist, als dem Tatrichter Verstöße gegen Denkgesetze, zwingende Erfahrungssätze oder Naturgesetze vorgeworfen werden.²⁷⁸ Entsprechend sind tatsächliche Feststellungen des Instanzgerichts im common law angreifbar, wenn sie an einem »clear and palpable error«²⁷⁹ leiden. Dies ist der Fall, wenn »it could be shown that the evidence reasonably could not result in justifying the conclusion made by the trial judge.«²⁸⁰ Zu erinnern ist auch an die evidentiary burden²⁸¹, die es verhindert, dass solche Sachverhaltskonstellationen der Jury vorgelegt werden, in denen die vorgelegten Beweise nicht stark genug sind, »to satisfy a reasonable trier of facts on the balance of probabilities.«²⁸²

Das Kriterium der Rechtfertigung der Überzeugung ist insofern ein gängiger und bekannter Prüfungsmaßstab: In den Fällen, in denen der Richter zwar eine Überzeugung erlangt hat (oder erlangen könnte), diese aber in keiner Weise rational nachvollziehbar ist, weil sie vollkommen ungenügend durch die vorgelegten Beweise gestützt wird, kann die Sachverhaltsfeststellung keinen Bestand haben.

Nun wird der Tatrichter seine eigene Überzeugung nicht schon dann für genügend gerechtfertigt halten dürfen, wenn er nur den im Rahmen der Revision zu beachtenden Kriterien genügt hat. Er ist vielmehr aufgerufen, seine eigene Überzeugung kritisch zu befragen, ob die vorgelegten Beweise nach seiner Meinung genügend entsprechende Anhaltspunkte ergeben. Tatsächlich dürfte ein solches Vorgehen vollkommen in Übereinstimmung mit der Alltagserfahrung sein.²⁸³ Jeder Mensch, der sich in einer Situation entscheiden muss, obwohl er nicht alle möglicherweise relevanten Faktoren mit absoluter Verlässlichkeit kennt, tut gut daran, seine intuitiv gefundene Überzeugung daraufhin zu prüfen, ob sich die gewählte Entscheidungsvariante angesichts der Bedeutung der Sache, der vorhandenen Anhaltspunkte usw. rechtfertigen lässt. Der entscheidende Vorteil, diesen alltäglichen Vorgang im Rahmen juristischer Sachverhaltsfeststellung im Lichte der induktiven Wahrscheinlichkeitstheorie zu betrachten, be-

278 Vgl. nur *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 23.

279 *Lapointe v. Hopital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, 352.

280 *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, 504.

281 Siehe S. 20 f.

282 *Tapper*, Cross on Evidence, S. 140. *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Ca. 193, 197. Für Kanada *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, 174. *Sopinka*, Law of Evidence, S. 138 Fn. 9 m.w.N.

283 *Cohen*, The Probable and the Provable, S. 41, 262.

steht darin, dass es so möglich ist, zwischen der richterlichen Überzeugung und ihrer Rechtfertigung zu differenzieren.²⁸⁴

Die durch den induktiven Wahrscheinlichkeitsbegriff mögliche Differenzierung zwischen richterlicher Überzeugung und ihrer Rechtfertigung ist schließlich sogar durch das Gesetz in §§ 286 Abs. 1 S. 2, 313 Abs. 3 ZPO angelegt.²⁸⁵ Denn in seiner Begründung der Sachverhaltsfeststellung muss der Richter die Gründe offen legen, die aus seiner Sicht die von ihm aus Überzeugung getroffenen Feststellungen rechtfertigen.²⁸⁶ Auch das Gesetz trennt also zwischen der richterlichen Überzeugung und den für diese bestehenden Gründen. Eine überzeugende Beweismaßtheorie darf diese Differenzierung nicht missachten, indem sie einseitig nur auf die Überzeugung abstellt. Denn ebenso muss das nötige Maß an Bestätigung für die Überzeugung berücksichtigt werden. Dabei soll ein solches Kriterium nicht einer objektiven Beweismaßtheorie das Wort reden. Denn das Maß an erforderlicher Rechtfertigung ist ebenso wenig objektiv bestimmbar wie der Grad der tatsächlich ermittelten Rechtfertigung. Mehr als eine rationale Begründung, die das Ergebnis intersubjektiv nachvollziehbar²⁸⁷ macht, kann nicht verlangt werden.

Wenn *Gräns* die Angabe eines (intuitiv ermittelten) numerischen Werts für den Rechtfertigungsgrad fordert²⁸⁸, so ist dem nach meiner Ansicht nicht zuzustimmen. Denn hierdurch würde eine tatsächlich nicht vorhandene Objektivität des Maßstabs vorgespiegelt. Der Theorie der induktiven Wahrscheinlichkeit ist es jedoch nicht darum zu tun, die richterliche Beweiswürdigung (scheinbar) zu objektivieren, sondern die Voraussetzungen aufzuzeigen, wann ein Richter seine intuitiv²⁸⁹ gefundene Überzeugung zur Grundlage seiner Entscheidung machen kann.²⁹⁰

Die beiden Rechtskreisen gemeinsame Theorie vom Beweismaß lässt sich somit knapp zusammenfassen:

Der Beweis ist geführt, wenn der Richter überzeugt ist, dass die bestrittene Behauptung wahr ist, und diese Überzeugung in angemessener Weise durch die

284 Insofern ähnlich *Musielak & Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, Rdn. 145.

285 Verstärkt wird das Gebot, das Ergebnis der Beweisaufnahme, wie es sich aus der Sicht des Richters darstellt, nachvollziehbar zu machen, noch durch § 279 Abs. 3 ZPO, nach dem der Richter das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern hat. Allerdings bestehen Zweifel daran, inwieweit dieses durch das ZPO Reformgesetz geschaffene Erfordernis in der Praxis bisher beachtet wird, vgl. *Reinhard Greger*, JZ 2004, 805, 810.

286 BGH NJW 1991, 1894 f.

287 Vgl. BGH NJW 1991, 1894, 1895; NJW 1998, 2736 f.

288 *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, S. 238.

289 Ebenso *Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, S. 165.

290 *Scherzberg*, ZZZ 117 (2004), 163, 169 ff. hat jüngst darauf hingewiesen, dass sich insofern die Prozesse der Rechtsfindung und der Sachverhaltsfeststellung gleichen. Auch bei der Rechtsfindung wird regelmäßig das Ergebnis intuitiv gefunden und erst in einem zweiten Schritt überprüft, ob es methodologischer Überprüfung standhält.

vorgelegten Beweise gestützt wird. Sowohl hinsichtlich der Überzeugungsbildung wie auch hinsichtlich der Frage, welcher Grad an Bestätigung nötig ist und ob dieser vorliegt, ist der Richter frei und nur im gesetzlich bestimmten Umfang an Beweisregeln gebunden.²⁹¹

Eine solche Beweismaßtheorie erklärt sowohl die Referenz zum Begriff der Wahrscheinlichkeit in den Beweismaßformeln des common law, wie die Betonung des Kriteriums der Überzeugung in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Sie vermag weiter zu erklären, inwiefern das Beweismaß abstrakt vorgegeben ist und inwiefern es den Besonderheiten des konkreten Falles angemessen sein muss.²⁹² Damit kann sie einerseits den von *Lord Denning* in *Bater v. Bater* gewählten flexiblen Ansatz erklären und liefert andererseits ein theoretisches Fundament für den Anscheinsbeweis und Beweiserleichterungen beim Kausalitätsnachweis und in anderen Bereichen des deutschen Rechts.

II. Bedenken gegen ein flexibles Beweismaß

Jedenfalls aus kontinentaleuropäischer Perspektive scheint es erforderlich zu sein, die Vorstellung eines schwankenden Elements innerhalb des Beweismaßes gegen Kritik zu verteidigen. Wenn ein Richter für jeden Fall aufs Neue den erforderlichen Bestätigungsgrad zu bestimmen habe, so lautet die Kritik, habe dies die Konsequenz, dass es nicht ein einziges, sondern eine unendliche Zahl von Beweismaßen gebe. Das Ergebnis sei eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die gerade für Juristen zivilistischer Prägung äußerst unbefriedigend ist.

Vorausgeschickt sei, dass nach der Theorie von einem flexiblen induktiven Wahrscheinlichkeitsbegriff der unterschiedliche Grad an erforderlicher Rechtfertigung auf der Verschiedenheit des Charakters der zu beweisenden Tatsachen selbst beruht. Diese Unterschiede lassen sich in kognitive, ontologische und normative einteilen.

Die kognitive Verschiedenheit betrifft beispielsweise die Frage, ob hinsichtlich des Beweisthemas typischerweise ein reiches Beweismaterial erwartet werden kann oder dieses typischerweise nur mit einem Zeugenbeweis beweisbar ist. So muss man bei einem Verkehrsunfall wohl regelmäßig ein erheblich höheres Maß an Unsicherheit in Kauf nehmen als beispielsweise bei einer vertraglich begründeten Zahlungsklage. Denn bei einem Verkehrsunfall hängt die Ermitt-

291 In BGHZ 61, 165, 172 wird deutlich, dass es keine abstrakt definierten Grenzen geben kann, ab wann der Richter überzeugt zu sein habe. Insofern erfasst die Freiheit der Beweiswürdigung auch die Feststellung des erforderlichen Maßes an Bestätigung für die Überzeugung.

292 Auch *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, S. 258, kommt zu dem Ergebnis, dass alle gegenwärtig verwendeten Beweismaßnormen »in der Praxis elastisch« sind.

lung des Sachverhalts regelmäßig in erster Linie von Zeugenaussagen ab, die in ihrer Zuverlässigkeit sehr fragwürdig sein können. Die zur Begründung von Primäransprüchen aus einem vertraglichen Schuldverhältnis erforderlichen Tatsachen werden sich jedenfalls im Geschäftsverkehr durch den verhältnismäßig zuverlässigen Urkundsbeweis beweisen lassen. Gleiches gilt für die Erfüllung. Fehlt dennoch eine entsprechende Urkunde, so müssen schon andere Beweise erheblicher Stärke vorliegen, damit der Richter seine Überzeugung, der Vertrag sei geschlossen oder die Gegenleistung sei trotz fehlender Quittung erbracht, für gerechtfertigt halten darf. Entsprechend arbeitet die Rechtsprechung bei wirtschaftlich bedeutenden Geschäften mit einer Vermutung der Beurkundungsabrede²⁹³ i.S.v. § 154 II BGB mit der Konsequenz, dass zum Beweis des Vertragschlusses entweder eine Urkunde vorgelegt oder die Vermutung widerlegt werden muss. Umgekehrt wird sich der Richter bei einem Verkehrsunfall oft mit der Aussage eines Augenzeugen begnügen müssen aber auch dürfen.

Ontologisch unterscheiden sich die vor Gericht zu beweisenden Behauptungen zum Beispiel dahingehend, ob es sich um eine Tatsache der Außenwelt, um eine innere Tatsache, um den Beweis eines Kausalzusammenhangs oder um die Feststellung eines hypothetischen Zustands handelt. Normativ schließlich können sich die Fälle unterscheiden, wenn (im Zivilverfahren nur ausnahmsweise) ein Falsch-Positivum größere Schäden verursachen würde als ein Falsch-Negativum²⁹⁴ (oder umgekehrt).²⁹⁵ Ebenso können das vorwerfbare Unterlassen der Schaffung von Beweismitteln durch die beweisbelastete Partei und die zurechenbare Vernichtung von Beweismitteln²⁹⁶ durch den Gegner (Beweisvereitelung) das Maß der erforderlichen Rechtfertigung heben bzw. senken. Alle derartigen Faktoren beeinflussen das Maß der erforderlichen Gewähr für die Richtigkeit der Überzeugung.²⁹⁷ Ein aufgeklärtes Rechtssystem kann nicht alle diese Fälle unter Leugnung ihrer erheblichen Unterschiede gleichbehandeln und sie über einen Kamm scheren.

Jedenfalls im Commonwealth ist die Vorstellung, dass nicht alle Fälle mit der gleichen Richtigkeitsgewähr entscheiden werden können, seit der Entscheidung

293 BGH NJW 1990, 576, OLG Celle NJW-RR 2000, 485.

294 Zu denken ist an Entscheidungen nach § 1666 BGB über Entziehungen des Sorgerechts. Aus dem in § 1697a BGB niedergelegten Kindeswohlprinzip folgt, dass eine Entscheidung, die das Sorgerecht eines Elternteils zu Unrecht verletzt, eher akzeptabel ist, als eine Entscheidung, die fehlerhaft eine Gefährdung der Interessen des Kindes verneint.

295 Hierauf wird insbesondere von *Bender & Nack*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Bd. 1, Rdn. 373 abgestellt.

296 Vgl. *Musielak & Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, Rdn. 188 f. Zur Behandlung der Beweisvereitelung im common law *Richard D. Friedman*, 18 *Cardozo L. Rev.* 1961, 1971.

297 Ähnliche Einteilung der relevanten Kriterien bei *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, S. 235 ff.

Bater v. Bater allgemein anerkannt. *Lord Denning* führte damals aus, »that there is no absolute standard in either (criminal and civil law) case«, but »(t)he degree required must depend on the mind of the reasonable and just man who is considering the particular subject-matter.«²⁹⁸

In den Vereinigten Staaten konnte sich ein derartiger flexibler Ansatz bisher nicht ausdrücklich durchsetzen, stattdessen wurde das Beweismaß von »clear and convincing evidence« eingeführt.²⁹⁹ Diese dritte Standard zwischen dem strafrechtlichen Beweismaß und dem »balance of probabilities« Beweismaß mag sicher einige der Fälle erfassen, in denen ein besonders hohes Maß an induktiver Wahrscheinlichkeit erforderlich erscheint. Doch trotz Einführung einer derartigen Zwischenstufe bleibt die Notwendigkeit bestehen, im Rahmen des Beweismaßes von »balance of probabilities« Beweise ganz unterschiedlicher Stärke für ausreichend zu halten. Die Notwendigkeit, das Maß der erforderlichen Rechtfertigung für die richterliche Überzeugung dem konkreten Fall anzupassen, wird in den USA besonders deutlich, wenn man die Maßstäbe, die an den Nachweis der Höhe eines Schadens gelegt werden, betrachtet. Ebenso wie dies § 287 Abs. 1 ZPO für den deutschen Zivilprozess tut, erkennt auch das US-amerikanische Recht die ontologische Sondersituation beim Beweis der Schadenshöhe an.³⁰⁰ Schon 1863 führte *Christiancy J.* in *Allison v. Chandler*³⁰¹ aus:

»And when, from the nature of the case, the amount of the damages can not be estimated with certainty, or only a part of them can be so estimated, we can see no objection to placing before the jury all the facts and circumstances of the case, having any tendency to show damages, or their probable amount; so as to enable them to make the most intelligible and probable estimate which the nature of the case will permit.«

In *Story Parchment Co. v. Patterson Parchment Paper Co.* wurde dieser Ansatz ausgebaut für Fälle, in denen »the tort itself is of such a nature as to preclude the ascertainment of the amount of damages with certainty«.³⁰² Das Gericht entschied, dass

»it would be a perversion of fundamental principles of justice to deny all relief to the injured person, and thereby relieve the wrongdoer from making any amend for his acts. In such case, while the damages may not be determined by mere speculation or guess, it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference, although the result be only approximate. The wrongdoer is not entitled to complain that they cannot be measured with the exactness and precision that

298 [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.) 459.

299 Siehe S. 32.

300 Vgl. z.B. *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.* (1946), 327 U.S. 25; *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.* (1927), 273 U.S. 359.

301 (1863) 11 Mich. 542, 555.

302 (1931), 282 U.S. 555, 563.

would be possible if the case, which he alone is responsible for making, were otherwise.«³⁰³

Aus diesen Zeilen wird deutlich, dass es auch im amerikanischen Recht anerkannt ist, dass das Beweismaß nicht für alle Fälle dasselbe sein kann, in dem Sinn, dass das Maß an verfügbarer Bestätigung für die richterliche Überzeugung notwendig schwankt.³⁰⁴

Besonders hartnäckig wird die Vorstellung eines schwankenden Beweismaßes in Deutschland bekämpft.³⁰⁵ Hier wird regelmäßig geltend gemacht, dass ein schwankendes Beweismaß nicht nur unvereinbar mit dem Wortlaut des Gesetzes sei,³⁰⁶ es bedeute darüber hinaus auch ein unerträgliches Maß an Rechtsunsicherheit, weshalb es abstrakt für alle Fälle im Voraus festgelegt sein müsse.³⁰⁷

Was zunächst den Wortlaut des Gesetzes angeht, so ginge es wohl zu weit, allein aus der Verwendung des Wortes »Überzeugung« mehr zu folgern, als dass der Richter seine Entscheidung auf die Beweislast stützen muss, wenn er nicht zu einer eigenen Ansicht auf der Grundlage der vorgelegten Beweise kommen kann.³⁰⁸ Aus dem Gesetz ergibt sich somit zunächst nur, dass der Richter eine Tatsache nur dann seiner Entscheidung zu Grunde legen darf, wenn er von ihrem Vorliegen überzeugt ist. Dass das Maß an Rechtfertigung für die Überzeugung in allen Fällen dasselbe sein müsse, ist damit nicht gesagt.

Auch die Rechtsprechung des BGH gibt für eine solche These nichts her. Im Gegenteil spricht die berühmte und oft wiederholte Formel des BGH aus der *Anastasia*-Entscheidung³⁰⁹, dass der Richter sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen dürfe und müsse, eher für die Vorstellung eines variablen Grades an Rechtfertigung für die richterliche Überzeugung.

303 A.a.O.

304 Siehe im Einzelnen *Friedmann*, 18 Cardozo L. Rev. 1961, 1968 ff.; *Ariel Porat & Alex Stein*, (1997) 18 Cardozo L. Rev. 1891.

305 *Prütting MüKo-ZPO*, § 286 Rdn. 17; *Erich Döhring*, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß (1964), S. 446; *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 8; *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 232. Bezeichnend jedoch, dass es auch *Walter* trotz seiner sorgfältigen Analyse nicht gelingt, die Ausnahmen abschließend zu benennen. Schließlich tritt auch er für eine flexible Lösung im Bereich der Pflichtverstöße durch den Beweisgegner ein, a.a.O., S. 243 ff. Für ein flexibles Beweismaß *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast; *Rießmann*, AK-ZPO § 286 Rdn. 20.

306 *Koussoulis* in Festschrift für *Karl Heinz Schwab*, S. 277, 283.

307 *Prütting* in *MüKo-ZPO*, § 286 Rdn. 40.

308 *Rießmann*, AK-ZPO § 286 Rdn. 20; *Gottwald*, in: Festschrift für *Dieter Henrich*, S. 165, 175.

309 BGHZ 53, 247.

Wie oben³¹⁰ schon angedeutet, kann die Theorie von der variierenden induktiven Wahrscheinlichkeit mit besonders viel Gewinn auf die Fälle des Anscheinsbeweises angewendet werden. Es zeigt sich dann, dass die Besonderheit des Anscheinsbeweises nicht darin besteht, dass hier stets ein niedrigeres Beweismaß anzuwenden wäre. Weder ist in diesen Fällen die richterliche Überzeugung verzichtbar, noch kann man stets annehmen, dass diesbezüglich ein geringerer Grad an Rechtfertigung ausreicht.³¹¹ Der Anscheinsbeweis ist damit jedoch nicht überflüssig³¹², seine Besonderheit liegt vielmehr darin, dass in diesen Fällen ausnahmsweise nicht die anspruchsbegründende Tatsache selbst Beweisthema ist, sondern eben die Hilfs Tatsache, die unter Verwendung eines empirisch gewonnenen statistischen Satzes den Schluss auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung zulässt.

Dennoch vertreten nur wenige deutsche Autoren die Lehre von der Flexibilität des Beweismaßes.³¹³ Das Hauptargument der befürchteten Rechtsunsicherheit, das im Übrigen auch gegen *Bater v. Bater* geltend gemacht wurde³¹⁴, ist insoweit zutreffend, als es unerträglich wäre, wenn damit ein von Fall zu Fall schwankendes Maß an Sorgfalt bei der Sachverhaltsfeststellung gemeint wäre. Es stellte die Berechtigung des staatlichen Gewaltmonopols in Frage, wenn es im Belieben des Richters läge, mit wie viel Aufwand und Sorgfalt er den einen oder den anderen Fall behandelt.³¹⁵ Es wäre allerdings ein grobes Missverständnis der Lehre von der flexiblen induktiven Wahrscheinlichkeit, wenn man ihr diesen Vorwurf machen würde, ebenso wie es absurd wäre zu glauben, dass der englische oder amerikanische *trier of facts* in einem strafrechtlichen Verfahren die Beweise mit größerer Sorgfalt untersucht als in einem Zivilverfahren, nur weil ein höheres Beweismaß einschlägig ist.³¹⁶

Die Lehre von der flexiblen induktiven Wahrscheinlichkeit ist vielmehr lediglich die Konsequenz aus der erkenntnistheoretischen Einsicht, dass die *facta probandi* eines Prozesses »actually a jumble mixture of unequal ontological status, with an unequal degree of accessibility to our cognitive nature«³¹⁷ sind. Die Ungewissheit, die insofern für das erforderliche Maß an Rechtfertigung besteht, ist daher nicht die Folge der verwendeten Theorie, sondern eine Eigenschaft, die dem Prozess der Sachverhaltsfeststellung inhärent ist. Richtigerweise handelt es sich also nicht um rechtliche sondern um tatsächliche Unsicherheit. Insofern haben wir nicht die Wahl, diese Unsicherheit zu vermeiden, sondern sind aufge-

310 Siehe S. 54 ff.

311 Ebenso *Prütting* in MüKo-ZPO § 286 Rdn. 64.

312 So aber *Musielak & Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, Rdn. 182.

313 Vgl. aber *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung; *ders.*, in: Festschrift für *Dieter Henrich*, S. 163 ff.; *Rüßmann-AK ZPO*, § 286.

314 Vgl. *Rosemary Pattenden*, (1988) 7 Civ. Just. Q. 220 ff.

315 Vgl. schon *Allen*, Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence, S. 288.

316 See *Hornal v. Neuburger*, [1957] 1 Q.B. 247 at 266.

317 *Damaška*, (1998) 49 *Hastings L.J.*, 289, 299.

rufen, sie aufzuzeigen und so die Bedingungen richterlicher Sachverhaltsfeststellung offen zu legen.

Die hier vorgeschlagene Theorie macht deutlich, dass der Richter hinsichtlich des erforderlichen Maßes an Bestätigung einen Beurteilungsspielraum besitzt. Außergewöhnlich oder gar beunruhigend muss dies aber keineswegs sein. Auch bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe des materiellen Rechts genießen die Gerichte erheblichen Freiraum, so dass nicht deutlich ist, wieso ein vergleichbares Maß an Unsicherheit auf der tatsächlichen Ebene unerträglich sein soll. Ein gewichtiger Unterschied zur Rechtsunsicherheit liegt freilich darin, dass Rechtsanwendungsfehler anders als tatsächliche Beurteilungen uneingeschränkt vom Revisionsgericht überprüft werden können. Auf diese Weise entwickeln sich mit der Zeit auch für unbestimmte Rechtsbegriffe Konkretisierungen und Fallgruppen, so dass die Unsicherheit abnimmt. Ob Ähnliches durch Änderungen der juristischen Ausbildung und Schulung der Richter auch hinsichtlich der tatsächlichen Unsicherheit möglich ist, wird die Zukunft möglicherweise zeigen.³¹⁸ Der Ausweg, die de facto bestehende Unsicherheit hinter einer Beweismaßformel zu verstecken, die diese Komponente der Sachverhaltsfeststellung nicht anspricht, führt auf diesem Weg jedenfalls keinesfalls weiter und trägt eher zur Bestätigung des Sprichwortes bei, dass man vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand sei. Die Rechtswissenschaft ist unterdessen aufgerufen, Leitlinien zur Ausfüllung des dargestellten Beurteilungsspielraums zu entwickeln, um so das ihre zur Reduktion der Unsicherheit zu tun.

III. Belege für die Einheitlichkeit der Beweismaßtheorie

Im Folgenden soll weiteres Belegmaterial für die These von einer einheitlichen Beweismaßtheorie, die auf einem flexiblen induktiven Wahrscheinlichkeitsbegriff basiert, angeführt werden. Dabei soll auch versucht werden zu zeigen, dass nicht nur das theoretische Fundament beider Rechtskreise hinsichtlich des Beweismaßes übereinstimmt, sondern darüber hinaus alles dafür spricht anzunehmen, dass das im Einzelfall verlangte Maß an Rechtfertigung nicht grundsätzlich davon abhängt, ob ein common law trier of facts oder ein kontinental-europäischer Richter die Beweise würdigt.

318 Vgl. *Rüssmann* in AK-ZPO § 286 Rdn. 20.

1. *Beweismaßrelevanz der Beweislastregeln und abweichende Tatbestandsvoraussetzungen*

Nach der hier vertretenen These ist das Beweismaß in Deutschland nicht höher als in common law Rechtsordnungen. Diese Ansicht steht im Widerspruch zu solchen Argumenten, die angeführt werden, um die Notwendigkeit eines hohen Beweismaßes für das deutsche Recht zu begründen.

Hier ist zunächst das Argument vom »eigenen Gerechtigkeitswert von Beweislastentscheidungen«³¹⁹ zu nennen. Nach diesem Argument ist eine Beweislastentscheidung einer Entscheidung auf der Grundlage der Tatsachen dann vorzuziehen, wenn lediglich eine leicht überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Behauptung festgestellt werden konnte.³²⁰ Denn den Beweislastregeln wohne ein eigener Gerechtigkeitsgehalt inne, der unbeachtet gelassen werde, wenn man eine Entscheidung auf die (zweifelhafte) Tatsachenlage stützt.

Aus anglo-amerikanischer Sicht muss diese Begründung eigenartig erscheinen, begegnet einem dieses Argument in common law Rechtsordnungen doch üblicherweise gerade in einer umgekehrten Fassung. Hier werden Beweislastentscheidungen als notwendiges Übel empfunden³²¹, so dass ein zu hohes Beweismaß als eine ungerechtfertigte Belastung des Klägers beurteilt wird.³²²

Um Missverständnissen vorzubeugen, erscheint es zunächst erforderlich klarzustellen, dass die kontinentaleuropäische Beweislasttheorie der anglo-amerikanischen Herangehensweise jedenfalls nicht als klar überlegen erscheint. In beiden Rechtskreisen ist die angemessene Verteilung der Beweislast ein zentrales Thema der Prozessrechtswissenschaft³²³, so dass schon ein gehöriges Maß an Anmaßung dazu gehörte, ein höheres Beweismaß mit der überlegenen Beweislasttheorie des deutschen Rechts zu rechtfertigen.

Das beschriebene Argument ist aber nicht nur in tatsächlicher Hinsicht unbegründet. Es ist darüber hinaus auch logisch inkonsistent, aus der Beweislastverteilung Folgerungen für das Beweismaß zu ziehen. Das richtige Beweismaß unter Rückgriff auf die verwendete Beweislasttheorie bestimmen zu wollen, stellt eine Vermischung unterschiedlicher und voneinander unabhängiger Kategorien dar: Während das Beweismaß funktional darauf gerichtet ist, in möglichst vielen Fällen die Wahrheit zu ermitteln, ist es gerade Aufgabe der Beweislast ein Entscheidungskriterium für die Fälle zur Verfügung zu stellen, in denen die Fest-

319 Vgl. z.B. *Katzenmeier*, ZZP 117 (2004), 187, 213.

320 Vgl. *Schwab* in: Festschrift für *Hans W. Fasching*, S. 451, 456; *Leipold*, in: Festschrift für *Hideo Nakamura*, S. 303, 313.

321 Vgl. *Rhesea Shipping Co. SA v. Edmunds*, [1985] 2 All E.R. 712 (H.L.), 718: »No judge likes to decide cases on the burden of proof if he can legitimately avoid so«. Ähnlich *Tapper*, *Cross on Evidence*, S. 108.

322 Vgl. *Winter*, [1971] *Law & Soc. Rev.* 335, 337.

323 Nachweise zur Diskussion im common law beispielsweise bei *C. R. Williams*, *Placing the Burden of Proof*, in: *Well and Truly Tried*, S. 271 ff.

stellung der Wahrheit unmöglich ist.³²⁴ Insofern steht eine logische Barriere zwischen diesen Kategorien, die es sowohl verbietet, Wahrscheinlichkeitsüberlegungen, die richtigerweise das Beweismaß betreffen, in die Beweislasttheorie zu ziehen³²⁵, wie es auch unzulässig ist, aus dem nicht zu bestreitenden materiellen Gerechtigkeitsgehalt der Beweislastnormen Folgerungen für die Festlegung des Beweismaßes zu ziehen. Mit anderen Worten: Der Gerechtigkeitsgehalt einer Beweislastnorm mag über jeden Zweifel erhaben sein, eine Rechtfertigung für ein höheres Beweismaß kann sich hieraus nicht ergeben.

Mit einem vergleichbaren Gedankengang lässt sich dem Argument begegnen, dass es Unterschiede im materiellen Recht seien, die ein anderes (höheres) Beweismaß rechtfertigten. Zwar mag es für den Kläger um so schwieriger sein, seinen Prozess zu gewinnen, je mehr Anspruchsvoraussetzungen er zu beweisen hat. Dieser Befund, selbst wenn er denn durch die Rechtsvergleichung des materiellen Rechts bestätigt würde, wofür die obige Untersuchung keine Anhaltspunkte ergeben hat, erlaubte es aber keinesfalls, diese gesetzgeberische Entscheidung über ein niedrigeres Beweismaß zu konterkarieren. Denn unter welchen Voraussetzungen das materielle Recht einen Anspruch gewährt, ist eine normative Frage, die unabhängig von Überlegungen zur richtigen Art und Weise der Sachverhaltsfeststellung zu beantworten ist. Das Recht geriete zu sich selbst in Widerspruch, wenn normative Erwägungen durch ein höheres oder laxeres Beweismaß eingeebnet würden.

2. Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr

Einen besonders interessanten Untersuchungsgegenstand für die vorliegende Fragestellung bilden die Fälle der Beweisnot. Hierbei geht es um Situationen, in denen die Beweisposition einer der Parteien aus strukturellen Gründen so schlecht ist, dass es ihr bei der Anlegung normaler Maßstäbe kaum einmal möglich wäre, den Beweis zu führen. Um der Partei aus ihrer Beweisnot zu helfen, werden ihr sogenannte Beweiserleichterungen gewährt, indem ihr die Führung des Beweises erleichtert wird (z.B. durch Beweismaßsenkungen) oder es wird durch Gesetz oder im Wege richterlicher Rechtsfortbildung die objektive Beweislast der anderen Seite aufgelegt (Beweislastumkehr).

Da nach der herrschenden Auffassung das Beweismaß in Zivilverfahren im common law niedriger ist als beispielsweise in Deutschland, dürfte nach dieser Ansicht zu erwarten sein, dass in Deutschland die Fälle der Beweisnot zahlreicher sind und schärfere Konsequenzen haben als in common law Rechtsordnungen, in denen es dem Kläger nach der herkömmlichen Ansicht leichter fallen

324 Winter, [1971] Law & Soc. Rev. 335, 339.

325 Ebenso Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 86; ders. MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 118; vgl. auch Katzenmeier, Anm. zu BGH JZ 2004, 1029, 1031.

müsste, die anspruchsbegründenden Voraussetzungen zu beweisen. Dies ließe vermuten, dass das deutsche Recht in größerem Umfang auf Beweiserleichterungen angewiesen wäre als das common law. Dem Vergleich mit der Praxis hält eine solche These freilich nicht Stand, wie insbesondere deutlich wird, wenn man die jeweiligen Diskussionen um Beweisprobleme in Produkt- und Arzthaftungsprozessen sowie bei Klagen auf Leistungen aus Entwendungsver sicherungen betrachtet.

a) Beweiserleichterungen und Umkehr der Beweislast im Bereich der Produkt- und Produzentenhaftung

In allen common law Rechtsordnungen wie auch in allen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen haben Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung der Beweisposition des durch ein fehlerhaftes Produkt geschädigten Verbrauchers erhebliche Aufmerksamkeit gewidmet.³²⁶ Die Schwierigkeiten des Verbrauchers betreffen insbesondere den Beweis des Vorliegens eines Produktfehlers, des Verschuldens des Herstellers und schließlich den Beweis der Kausalität zwischen Fehler und erlittenem Schaden. Die Beweisnot des Verbrauchers in diesen Fragen wird in allen hier untersuchten Rechtsordnungen als so erheblich erachtet, dass dem Geschädigten überall Beweiserleichterungen gewährt werden. In Bezug auf das englische Recht stellte *John G. Fleming* fest, dass »(i)n no other context has the tendency towards relaxed standards of proof taken such dramatic strides.«³²⁷

Innerhalb der Europäischen Union haben diese Schritte schließlich zur Verabschiedung der *Produkthaftungsrichtlinie* geführt³²⁸, die in England durch Part 1 des *Consumer Protection Act's* 1987 und in Deutschland durch das *Produkthaftungsgesetz* (ProdHG) implementiert wurde. Kern dieser Regelungen ist eine Kombination von Elementen der Verschuldens- und der strikten Haftung³²⁹ des Herstellers und des Importeurs für durch ein fehlerhaftes Produkt verursachte Todesfälle, Körper- und Sachschäden. Die europäische Regelung ging in weiten Teilen auf die Erfahrungen in den USA zurück, wo sich eine verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers aus § 402A *Restatement (Second) of Torts* ergibt.³³⁰

Hierdurch ist der Geschädigte vom Beweis des Verschuldens des Herstellers enthoben; er muss allerdings weiterhin den Fehler des Produkts und den kau-

326 *Werner Lorenz*, Some Thoughts About International Product Liability, in: *The Law of Obligations*, S. 319 ff.

327 *John G. Fleming*, *An Introduction to The Law of Torts*, S. 84.

328 85/374 EWG vom 25. Juli 1985.

329 *Wagner* in *MüKo-BGB*, Einl. *ProdHaftG* Rdn. 20 m.w.N.

330 Vgl. *David Fischer & William Powers Jr.*, *Products Liability Cases and Materials*, St. Paul, Minn. 1988, Ch. 1.

salen Zusammenhang zwischen Fehler und Schaden beweisen.³³¹ In England³³², Kanada³³³ und in den USA³³⁴ kann der Geschädigte dies mit Hilfe der *res ipsa loquitur* Doktrin tun und so seine Behauptungen durch den Beweis von Hilfstatensachen stützen.³³⁵ Hierbei verfahren einige Gerichte äußerst großzügig, gerade was den Nachweis eines Kausalzusammenhangs angeht.³³⁶

In Deutschland wird die Produkthaftung nach dem ProdHG erweitert und ergänzt durch die Produzentenhaftung, also die Haftung nach allgemeinen deliktsrechtlichen Regeln, bei der dem Geschädigten jedoch in erheblichem Umfang Beweiserleichterungen zu Gute kommen. Hier sind neben der Zulassung des Anscheinsbeweises³³⁷ in erster Linie die inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannte³³⁸ Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens des Herstellers zu nennen. Dieses Haftungsregime wird durch die Formulierung von Befunderhebungs- und Befundsicherungspflichten³³⁹ komplettiert, deren Verletzung ebenfalls zu einer Beweislastumkehr führt.

b) Arzthaftungsrecht

Auf noch augenfälligere Parallelen stößt man, vergleicht man die beweisrechtliche Entwicklung auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts im common law und im deutschen Recht miteinander.³⁴⁰ Alle Rechtsordnungen sehen sich hier dem Problem gegenübergestellt, dass dem geschädigten Patienten typischerweise kaum zuverlässige Beweismittel zum Beweis der Tatbestandsvoraussetzungen zur Verfügung stehen. In beiden Rechtskreisen haben Wissenschaft und Gerichte daher Instrumente entwickelt, die es dem Patienten ermöglichen, dieses strukturelle Defizit zu überwinden. Das Bedürfnis für solche Maßnahmen scheint in

331 Für den Consumer Protection Act 1987: *Anthony M. Dugdale*, Clerk & Lindsell on Torts, Rdn. 9–28. Für das ProdHG: *Palandt/Thomas*, BGB, 64. Aufl., München 2005, ProdHG § 1 Rdn. 25.

332 Fleming, *An Introduction to The Law of Torts*, S. 148.

333 Vgl. *Varga v. John Labatt Ltd.*, [1956] O.R. 1007. Vgl. auch *Allen M. Linden*, Canadian Tort Law, Kapitel 16 Rdn. 7.

334 Vgl. *Coca Cola Bottling Works v. Ponder*, 443 S.W.2d 546 (Tex. Sup. Ct. 1969); *Kirkland v. General Motors*, 521 P.2d 1353 (Okla. Sup. Ct. 1974).

335 Die gegenteilige in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), 622 entwickelte Ansicht konnte sich nicht durchsetzen.

336 *Osmond v. Sears Canada Inc.* (1988), 220 A.P.R. 75; *Coca Cola Bottling Works v. Ponder* (1969), 443 S.W.2d 546 (Tex. Sup. Ct. 1969).

337 Vgl. nur BGHZ 51, 91, 104.

338 *Prütting* in MüKo-ZPO, § 286 Rdn. 123.

339 BGHZ 104, 323.

340 Einen Überblick über das Beweisrecht im Arzthaftungsprozess gibt *Wagner* in MüKo-BGB § 823 Rdn. 727 ff.

allen Rechtsordnungen mit vergleichbarer Stärke wahrgenommen zu werden.³⁴¹ Wenn das Beweismaß in common law Rechtsordnungen tatsächlich niedriger sein sollte, so dürfte man im Gegenteil erwarten, dass dort die Beweisposition des Patienten von vornherein günstiger wäre, so dass das Thema der Beweiserleichterungen weniger drängend wäre.

Allerdings scheinen die Rechtskreise zwar mit demselben Problem konfrontiert zu sein, sie haben aber offenbar unterschiedliche Strategien zu seiner Lösung gewählt. Während in den common law Rechtsordnungen dem Patienten oft mit der *res ipsa loquitur* Doktrin geholfen wird,³⁴² wird der dieser Doktrin vergleichbare Anscheinsbeweis von deutschen Gerichten eher zögerlich in Arzthaftungsprozessen zugelassen.³⁴³

Der BGH sucht die Lösung des Problems vielmehr in der Umkehr der Beweislast. Nach diesem Ansatz ist es unter bestimmten Voraussetzungen nicht der Patient, der das Verschulden des Arztes oder die Kausalität eines Behandlungsfehlers zu beweisen hat, sondern der in Anspruch genommene Arzt oder Krankenhausträger.³⁴⁴ Dies ist nicht der geeignete Ort, sich ausführlich mit der Verteilung der Beweislast im Arzthaftungsprozess auseinander zu setzen.³⁴⁵ Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass der vom BGH eingeschlagene Weg, die Beweisnot durch eine Umkehr der Beweislast zu beseitigen, durch seine jüngste Rechtsprechung³⁴⁶ fortgesetzt und zementiert wird. Zu dieser Rechtsprechung sei allerdings kritisch angemerkt, dass eine Beweislastumkehr für den Arzthaftungsprozess aus materiell/normativen Gründen durchaus zu befürworten sein mag.³⁴⁷ Eine Umkehr der Beweislast lässt sich aber nicht mit Überlegungen zur Wahrscheinlichkeit der Kausalität des Behandlungsfehlers rechtfertigen. Denn derartige Argumente haben ihren Platz richtigerweise in der Beweiswürdigung. Auch wenn es begrüßenswert ist, dass der BGH die missverständliche Formel von den »Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr« aufgegeben hat, muss doch festgehalten werden, dass der VI. Senat mit der Begründung, mit

341 Für eine rechtsvergleichende Studie des Beweisrechts in Arzthaftungsprozessen siehe *Dieter Giesen*, International Medical Malpractice Law, § 41. Umfassende Darstellung des deutschen Rechts bei *Katzenmeier*, Arzthaftung, § 8.

342 *Giesen*, a.a.O., Rdn. 1059–1067.

343 Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 429 ff. m.w.N.; *Ina Berg-Winters*, Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht (2005), S. 195.

344 Vgl. nur BGHZ 85, 212; BGHZ 85, 327; BGH JZ, 2004, 1029. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 417 ff.; *Giesen*, International Medical Malpractice Law, Rdn. 1068–1090. Zur Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess in Kanada siehe z.B. *St-Jean v. Mercier*, [2002] S.C.C. 15, 107 ff.

345 Vgl. hierzu z.B. *Gottfried Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anhang C II.

346 NJW 2004, 2011 = JZ 2004, 1030 m. Anm. *Katzenmeier*; bestätigt durch BGH NJW 2005, 425.

347 *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 464 ff.; *ders.*, JZ 2004, 1032; *Luidger Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung (2003), S. 198.

der er die Umkehr der Beweislast rechtfertigt, nach wie vor die Beweiswürdigung mit der Beweislast vermischt.³⁴⁸ Soweit hier in erster Linie auf die »durch den Behandlungsfehler geschaffene Beweisnot«³⁴⁹ des Patienten abgestellt wird, wird weder deutlich, wieso der Behandlungsfehler kausal war für die Beweisnot, noch wieso der Beweisnot gerade durch die Umkehr der Beweislast abgeholfen werden muss. Die unzureichende Begründung der Beweislastumkehr wäre als unschädlich vielleicht hinzunehmen, wenn sie nicht die Gefahr begründete, dass aus ihr Folgerungen im Hinblick auf eine festes Beweismaß gezogen würden.

Richtig wäre es, die Beweisnot des Patienten auf der Ebene des für die richterliche Überzeugung erforderlichen Maßes an Rechtfertigung zu behandeln, also im Rahmen der Beweiswürdigung. Die Theorie der induktiven Wahrscheinlichkeit bietet das gedankliche Rüstzeug für eine solche Lösung. Eine aus materiellen Gründen vorgenommene Umkehr der objektiven Beweislast wäre durch eine solche flexible Lösung nicht ausgeschlossen.

c) Beweiserleichterungen bei Entwendungsversicherungen

In unserem Zusammenhang bemerkenswert ist schließlich auch die Rechtsprechung in beiden Rechtskreisen zur Beweisposition des Versicherungsnehmers, der seine Diebstahlsversicherung aufgrund eines (behaupteten) Versicherungsfalles in Anspruch nehmen will. Nach allgemeinen Regeln trägt er im common wie im civil law die Beweislast dafür, dass ein Versicherungsfall eingetreten ist, dass sich also ein Diebstahl ereignet hat. In diesen Fällen ist es aber typisch, dass sich die Entwendung im Verborgenen abspielt und der Dieb nicht gestellt wird, so dass also weder Versicherungsnehmer noch Versicherer genaue Kenntnis des Geschehensablaufs haben und dass es überdies auch keine Zeugen für das Geschehen gibt.

In Deutschland entspricht es der ständigen Rechtsprechung, der strukturellen Beweisnot des Versicherungsnehmers durch Beweiserleichterungen zum Nachweise des Versicherungsfalles abzuhelpen. Insoweit reicht der Beweis des »äußeren Bildes« eines Versicherungsfalles.³⁵⁰

Eine ganz ähnliche Vorgehensweise lässt sich für das US-amerikanische Recht nachweisen.³⁵¹ Es entspricht der allgemeinen Meinung, »that the insured may prove theft by proving that the circumstances surrounding the dis-

348 Ebenso *Katzenmeier*, JZ 2004, 1031.

349 BGH NJW 2004, 2011, 2013. Hervorhebung nicht im Original.

350 Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 130, 1 ff. Vgl. auch BGH NJW-RR 1996, 981 m.w.N.; *Helmut Kollhosser*, NJW 1997, 969 ff.; *Wolfgang Römer*, NJW 1996, 2329 ff.

351 Vgl. *Mathew Bender* (publisher), 1-2 Insuring Real Property; § 2.04[16], siehe auch *John Alan Appleman*, 5-144 *Appleman on Insurance Law & Practice* (1997), Supp. to § 3151.

appearance of the property support an inference that theft probably was the cause of the disappearance.«³⁵² Des Weiteren wird mit einer Vermutung operiert, nach der der Verlust der Sache durch Diebstahl erfolgt ist, wenn die Sache unter Umständen abhanden gekommen ist, »tending to show it was not accidentally mislaid or lost and did not stray by itself.«³⁵³ Ähnlich wie im deutschen Recht wird es entsprechend allgemein als zulässig erachtet, dass der Versicherungsnehmer nur die Umstände, die auf einen Diebstahl hindeuten, beweist und nicht direct-evidence etwa durch Augenzeugen oder gar durch Bezeichnung des Täters vorlegt. Die Begründung für diese Erleichterung entspricht fast wörtlich der im deutschen Schrifttum zu findenden Erwägung: Höhere Beweisanforderungen seien abzulehnen, denn »[this] would be tantamount to denial of coverage for theft because theft is generally carried on in a secretive manner ...«³⁵⁴.

d) Zusammenfassung

Auf die Details der Beweiserleichterungen und der in den verschiedenen Rechtskreisen vorgenommenen Umkehr der Beweislast kommt es hier nicht an. Für den hier verfolgten Zweck genügt es vollauf festzustellen, dass sowohl im common law wie in kontinentaleuropäischen Rechtskreisen die Beweispositionen eines durch ein Produkt geschädigten Verbrauchers und die des Patienten im Arzthaftungsprozess als unbefriedigend wahrgenommen werden. Ebenso werden in beiden Rechtskreisen dem Versicherungsnehmer bei einer Entwendungsversicherung Beweiserleichterungen zuerkannt. Mit der These von einem niedrigeren Beweismaß im common law lässt sich dieser Befund nicht vereinbaren.

Ob in all diesen Fällen flexible Lösungen in Form einer Reduktion des nötigen Maßes an induktiver Wahrscheinlichkeit einer Lösung über die Umkehr der Beweislast überlegen sind, ist eine andere Frage, die nach hier vertretener Ansicht zu bejahen ist.

3. Das Beweismaß im Internationalen Zivilverfahrensrecht und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Wäre die These vom niedrigeren Beweismaß des common law tatsächlich zutreffend, so wäre weiter zu erwarten, dass das anwendbare Beweismaß ein

352 *Lovas v. St. Paul Ins. Cos.*, (1976) 240 N.W.2d 53, 60-61; *Coastal Plains Feeders, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co.*, (1977) 545 F.2d 448, 452; *Long v. Glidden Mut. Ins. Ass'n*, (1974) 215 N.W.2d 271, 273; *Baughner v. Hartford Fire Ins. Co.*, (1974) 522 P.2d 401, 410; *Gifford v. M.F.A. Mut. Ins. Co.*, (1969) 437 S.W.2d 714, 717; *Raff v. Farm Bureau Ins. Co.*, (1967) 149 N.W.2d 52, 55.

353 *Mathew Bender* (publisher), 1-2 *Insuring Real Property*; § 2.04[16]. Siehe auch *Stella Jewelry Mfg., Inc. v. Naviga Belgamar Through Penem Int'l Inc.*, (1995) 885 F. Supp. 84; *Long v. Glidden Mut. Ins. Ass'n*, (1974) 215 N.W.2d 271.

354 *Lovas v. St. Paul Ins. Cos.*, (1976) 240 N.W.2d 53, 60.

Thema mit praktischer Relevanz im Internationalen Verfahrensrecht, vor allem in internationalen Schiedsfällen wäre. Weil das Beweismaß die Risikoverteilung zwischen den Parteien beeinflusst, wäre zu erwarten, dass die Parteien divergierende Interessen im Hinblick auf seine Höhe haben.³⁵⁵ Insofern wäre zu prognostizieren, dass das Beweismaß bei der Rechtswahl, bei der Wahl des Gerichtsstands, des Schiedsorts oder bei der Wahl einer bestimmten Schiedsverfahrensordnung eine Rolle spielt.

Hinsichtlich des anwendbaren Verfahrensrechts ist bei internationalen Schiedsverfahren stets das Schiedsverfahrensrecht am Schiedsort zu beachten. Hier haben viele Staaten, darunter auch Deutschland, das UNCITRAL Modellgesetz über International Commercial Arbitration übernommen.³⁵⁶ Das Modellgesetz ist jedoch wenig detailliert und überlässt zahlreiche Regelungen den Parteien.³⁵⁷ Da es aber für die Parteien zeitaufwändig und kostspielig ist, ihre eigenen Schiedsregeln zu entwerfen, übernehmen sie oft eine vorformulierte Standard-Schiedsverfahrensordnung – wie z.B. die UNCITRAL Arbitration Rules – oder unterstellen ihr Verfahren einer Organisation, die das Verfahren in administrativer Hinsicht betreut und oft auch eine bestimmte Schiedsverfahrensordnung zur Verfügung stellt. Als Beispiele seien die Schiedsordnungen der International Chamber of Commerce³⁵⁸, des London Court of International Arbitration³⁵⁹ sowie der American Arbitration Association³⁶⁰ genannt. Doch gerade in Bezug auf Regelungen über Tatsachenfeststellungen sind alle diese Schiedsordnungen verhältnismäßig wenig konkret³⁶¹, und keine der erwähnten Schiedsordnungen besitzt eine Vorschrift über das vom Schiedsgericht anzuwendende Beweismaß.

Die Vermeidung des Beweisrechts durch die erwähnten Schiedsordnungen lässt sich möglicherweise damit erklären, dass viele beweisrechtliche Fragen von großer Brisanz sind und hier teilweise erhebliche Abweichungen zwischen den Rechtskreisen bestehen. Man denke nur an die Art und Weise der Durchführung eines discovery Verfahrens oder die Durchführung der Zeugenvernehmung

355 Bei einem Kaufvertrag beispielsweise wird regelmäßig der Verkäufer Interesse an einem hohen Beweismaß haben, da er seine Klage regelmäßig auf Urkundsbeweise stützen kann (Vertragsurkunde, Übergabeprotokolle, etc.). Der Käufer hingegen wird Interesse an einem niedrigen Beweismaß haben, da es ihm bei dieser Gestaltung leichter fällt, gegebenenfalls die Fehlerhaftigkeit des Produkts nachzuweisen.

356 Online zugänglich unter: <<http://www.uncitral.org/en-index.htm>> Stand Juni 2005.

357 Art. 19 Model Law.

358 Online zugänglich unter: <<http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp>> Stand Juni 2005.

359 Online zugänglich unter: <<http://www.lcia-arbitration.com/>> Stand Juni 2005.

360 Online zugänglich unter: <<http://www.adr.org>> Stand Juni 2005.

361 So heißt es beispielsweise in Art 20.1 der ICC Rules in Bezug auf Tatsachenfeststellungen lediglich: »The Tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means.«.

als cross-examination. Eine Stellungnahme der Regeln zu solchen Punkten könnte sie möglicherweise dem Verdacht der Einseitigkeit aussetzen. Insofern könnte vielleicht gerade das Schweigen der Regeln für die These vom divergierende Beweismaß sprechen. Dieses Argument wird jedoch widerlegt, wenn man die Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration³⁶² der IBA von 1999 betrachtet. Diese Regeln wurden von Juristen aus verschiedenen Rechtsordnungen entwickelt, um Parteien eines internationalen Schiedsverfahrens ein Set von Standardregeln über die Beweisaufnahme zur Verfügung zu stellen, nach welchem sie ihr Verfahren durchführen können. Hier finden sich Regelungen über die Pflicht zur Vorlegung von Urkunden, die Durchführung einer Zeugenvernehmung oder die Zulässigkeit einzelner Beweismittel. Aber nicht einmal dieser recht detaillierte Normenkomplex, der auch die heißen Eisen des Beweisrechts anfasst, enthält eine Vorschrift über das anzuwendende Beweismaß.

Es gibt schließlich auch weder Hinweise darauf, dass das Beweismaß bei der Wahl des materiellen Rechts oder des Schiedsortes eine Rolle spielt noch darauf, dass in der Schiedsvereinbarung selbst eine Abrede über das anwendbare Beweismaß getroffen wird, obwohl letzteres unproblematisch möglich wäre, wenn hierfür ein Bedürfnis bestünde.³⁶³

Angesichts dieses Befunds scheint der Schluss erlaubt, dass die unterschiedliche Formulierung der Beweismaßregeln dies- und jenseits des Ärmelkanals für die Praxis internationaler Schiedsverfahren keine Probleme aufwirft. Dieses Ergebnis stützt die hier vertretene These, dass die scheinbar so erheblichen Abweichungen zwischen common und civil law eher semantischer Natur sind und jedenfalls praktisch nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die These vom niedrigen Beweismaß des common law lässt sich demgegenüber nur halten, wenn man der Praxis in transnationalen Streitigkeiten unterstellt, systematisch und dauerhaft das (an sich zentrale) Problem des divergierenden Beweismaßes zu ignorieren.

Zur Einordnung des Problems der richtigen Anknüpfung des Beweismaßes als »wohl schwierigste Frage des internationalen Beweisrechts«³⁶⁴ wird man nach

362 Online zugänglich unter:

<<http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf>> Stand Juni 2005.

363 Gesichtspunkte, die bei der Bestimmung des materiellen Rechts eine Rolle spielen, sind die Vertrautheit der Parteien mit einer Rechtsordnung oder ihr Glaube, dass eine bestimmte Rechtsordnung ihren Bedürfnissen besonders gerecht wird, vgl. *Alan Redfern & Martin Hunter* (1991), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, S. 102. Zahlreiche Faktoren beeinflussen auch die Wahl des Schiedsortes, da er für die lex fori maßgeblich ist, nach der sich wiederum die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung und die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs richtet, vgl. *Mauro Rubino-Sammartano*, *International Arbitration* (2001), S. 566.

364 *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Rdn. 696.

allem sagen müssen, dass es sich hierbei um ein theoretisches Problem handelt, für dessen praktische Virulenz sich keine Anhaltspunkte finden lassen. Diese Divergenz erklärt sich von selbst, wenn man für common und civil law von einem grundsätzlich gleichen Beweismaß ausgeht.

4. Die Synthese der Formeln durch die Principles of Transnational Civil Procedure des ALI und UNIDROIT

Der möglicherweise stärkste Belege für die hier vertretene These vom konzeptionell einheitlichen Beweismaß in common und civil law ergibt sich aus den *Principles of Transnational Civil Procedure*³⁶⁵, die von einer aus Vertretern des ALI und UNIDROIT gebildeten Arbeitsgruppe entworfen wurden und mittlerweile durch diese Organisationen verabschiedet wurden. Die Principles behandeln das Beweismaß in P-21.2:

»Facts are considered proven when the court is reasonably convinced of their truth.«

Diese Formulierung adressiert sehr klar die Elemente, auf die es bei der Tatsachenfeststellung ankommt. Im Vordergrund steht das Kriterium der Überzeugung des Richters von der Wahrheit einer Behauptung. Dies macht zunächst deutlich, dass das Beweismaß der Principles weder die objektive Wahrheit, noch eine mathematische Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Tatsache ist.

Das Wort »reasonably« qualifiziert diese Überzeugung weiter dahingehend, dass nicht jede Art von Überzeugung für den juristischen Kontext hinreichend ist, sondern es auf ihre Vernünftigkeit, ihre Rationalität ankommt. Hieraus lässt sich einerseits entnehmen, dass eine von Zweifeln freie Überzeugung des Richters nicht erforderlich ist, da ein solches Kriterium nicht vernünftig, weil kaum erfüllbar wäre. Andererseits macht die Fügung aber auch deutlich, dass die Überzeugung selbst vernünftig zu sein hat, was nur der Fall ist, wenn das Fürwahrhalten des Richters durch die erhobenen Beweise gerechtfertigt wird. Ein unvernünftiger Glaube, der sich nicht nachvollziehbar aus den Beweisen ableiten lässt, genügt danach nicht. Das Kriterium der Nachvollziehbarkeit wird noch durch P 23.2 verstärkt, wenn es dort heißt:

365 ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, online: <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>> Stand Juli 2005. Abgedruckt in (2004) Unif. L. Rev. 758. Allgemein zur methodischen und rechtspolitischen Bedeutung der *Principles* vgl. H. Patrick Glenn, *The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?* a.a.O. S. 829 ff. Insbesondere zum Beweismaß der *Principles*: Moritz Brinkmann, *The Synthesis of Common and Civil Law Standard of Proof Formulae in the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*, a.a.O. S. 875 ff.

»The judgment should be accompanied by a reasoned explanation of the essential factual, legal, and evidentiary basis of the decision.«

Die Vorschrift ähnelt funktional den Begründungspflichten aus § 286 Abs. 1 S. 2 und § 313 Abs. 3 ZPO. Genau wie diese Vorschriften geht sie über eine bloße Inhaltsbestimmung des Urteils hinaus. Denn eine Begründungspflicht setzt voraus, dass die Entscheidung überhaupt rational begründbar ist. Insofern lässt sich aus der Begründungspflicht, die sich ausdrücklich auch auf tatsächliche Feststellungen erstreckt, entnehmen, dass diese tatsächlichen Feststellungen nicht willkürlich sein dürfen, sondern auf einer nachvollziehbaren Grundlage stehen müssen, die sich aus den erhobenen Beweisen ergibt. Insoweit sei auf das von *Leonhard Cohen* entwickelte Konzept des »rational belief«³⁶⁶ hingewiesen, nach dem eine (intuitiv gefundene) Überzeugung dann »rational« ist, wenn für sie eine hinreichende induktive Wahrscheinlichkeit feststellbar ist.

Der Wortlaut von P-21.2 ist fast identisch mit der Formulierung, die *Lord Denning* wählte, als er in *Bater v. Bater*³⁶⁷ einen »reasonable degree of belief« verlangte. Während allerdings *Lord Dennings* Formulierung eher an eine subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie angelehnt zu sein scheint, nach der die Wahrscheinlichkeit der Ausdruck für die Stärke einer Überzeugung ist, ist es nach der Formulierung der Principles nicht der Grad der Überzeugung, der vernünftig sein muss, sondern es kommt auf die Vernünftigkeit der Überzeugung an sich an. Alles spricht dafür, dass diese Abweichung ohne praktische Konsequenzen bleibt. Die Formulierung in den Principles scheint allerdings insofern vorzugswürdig zu sein, als sie eine Differenzierung zwischen der richterlichen Überzeugung und ihrer Rechtfertigung ermöglicht.³⁶⁸

Die Tatsache, dass sich ausgewiesene Kenner des Prozessrechts³⁶⁹ aus ganz unterschiedlichen Rechtskreisen auf eine solche Formulierung einigen konnten, ist ein starkes Anzeichen dafür, dass die Unterschiede im Beweismaß im common und im civil law wohl eher semantischer Art sein dürften. Sie lösen sich auf, wenn man sich bemüht, die mit den Formeln bezeichneten Konzepte zu vergleichen.

366 *Cohen*, *The Probable and the Provable*, S. 310 ff.

367 [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.).

368 Diesen Vorteil eines flexiblen Beweismaßes übersieht *Rommé*, *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast*, S. 86 ff. Er tritt zwar für ein flexibles Beweismaß ein, hält aber Beweismaß und Beweiswürdigung in der Praxis für untrennbar. Hiermit wird auch die Trennung zwischen richterlicher Überzeugung und für sie bestehender Rechtfertigung aufgegeben.

369 Mitglieder der working group waren: *Ronald T. Nhlapo* (Vorsitzender, Südafrika), *Neil Andrews* (United Kingdom), *Aida R. Kemelmajer de Carlucci* (Argentinien), *Frédérique Ferrand* (Frankreich), *Geoffrey C. Hazard* (U.S.A.), *Masanori Kawano* (Japan), *Pierre Lalive* (Schweiz), *Rolf Stürner* (Deutschland).

Bisher hat die Beweismaßvorschrift der *Principles* verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit in der Literatur gefunden.³⁷⁰ Dieses Desinteresse bestätigt einerseits den Schluss, der oben unter 3. gezogen wurde, nämlich, dass das Beweismaß in der Praxis transnationaler Verfahren als Problem keine Rolle spielt. Es bestätigt aber auch, dass die Mitglieder der working group in dieser Frage (berechtigterweise) keine nennenswerten konzeptionellen Differenzen zwischen den Rechtskreisen ausmachen konnten. Dies wird schließlich auch im offiziellen Kommentar zu Principle 21.2 ausgedrückt, in dem es heißt:

»The standard of ›reasonable conviction‹ is in substance applied in most legal systems. The standard in the United States and some other countries is ›preponderance of the evidence‹ but functionally that is essentially the same.«³⁷¹

Principle 21.2 befindet sich insofern in vollständiger Übereinstimmung mit der hier vertretenen Theorie von der richterlichen Überzeugung auf der Basis einer induktiven Wahrscheinlichkeit. Der in den *Principles* gewählte Wortlaut spricht auf knappe und elegante Weise alle wesentlichen Elemente der Beweismaßtheorie an (Wahrheit, richterliche Überzeugung, Rationalität dieser Überzeugung) und macht deutlich, dass in dieser Frage weder konzeptionelle noch graduelle Unterschiede zwischen den Rechtskreisen bestehen.

Zu erinnern bleibt allenfalls, dass eine Formulierung zu bevorzugen wäre, die nicht auf die Wahrheit von *Tatsachen* abstellt, sondern auf die Wahrheit *tatsächlicher Behauptungen*. Tatsachen, als Ereignisse oder Zustände der Außen- oder Innenwelt, liegen entweder vor oder nicht.³⁷² Wahrheit ist dagegen eine Kategorie, die sich nur auf Behauptungen beziehen lässt, da »Wahrheit« die Übereinstimmung einer Aussage mit der Realität meint.³⁷³ Wollte man diese Bedenken berücksichtigen, könnte P 21.2 lauten:

»*Factual claims* are considered proven when the court is reasonably convinced of their truth.«

370 Ganz im Gegensatz zur Verteilung der Beweislast, die in P 21.1. geregelt ist. Vgl. hierzu Jean-Paul Béraudo, [2001] Unif. L. Rev. 925 ff.; Aida Kemelmajer de Carlucci, [2001] Unif. L. Rev. 915 ff.

371 P-21B.

372 Weber, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, S. 14.

373 Vgl. S. 6 f.

§ 7 Ein identisches Beweismaß trotz unterschiedlicher Formeln

Angesichts dieser zahlreichen Belege für die These von einer einheitlichen Beweismaßtheorie im common und civil law erscheint es in hohem Maß erklärungsbedürftig, wie sich dennoch so unterschiedliche Formeln als Ausdruck derselben Theorie entwickeln konnten. Die grundverschiedenen Formulierungen müssen um so mehr überraschen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Wahrheit als Ziel der Sachverhaltsfeststellung in allen hier betrachteten Systemen unumstritten ist.

Die nächstliegende Erklärung für dieses Phänomen mag die Orientierung der common law procedure am Jury-Verfahren sein.³⁷⁴ Liegt die Feststellung des Sachverhalts in der Hand von Laien, so muss diesen ein nachvollziehbarer und handhabbarer Standard an die Hand gegeben werden, anhand dessen sie ihre Entscheidung treffen können. Daher waren common law Richter schon seit jeher gehalten, der Jury das anwendbare Beweismaß in verständlicher Form zu erläutern. Die »balance of probabilities« Formel liefert hier eine sehr kennzeichnungskräftige, verständliche und einprägsame Beschreibung des anzuwendenden Maßstabes, da das Konzept der (induktiven) Wahrscheinlichkeit in entsprechender Weise auch bei Alltagsentscheidungen angewendet wird.³⁷⁵ Im Zivilverfahrensrecht kontinentaleuropäischer Prägung spielen Laien dagegen nur eine untergeordnete Rolle. Insofern besteht für den Richter auch regelmäßig keine Notwendigkeit, in extenso auf das von ihm verwendete Beweismaß einzugehen. Solange aus der von ihm gegebenen Begründung nicht hervorgeht, dass er bei der Beweiswürdigung einen zu hohen oder zu niedrigen Maßstab angelegt hat, ist den Anforderungen des Gesetzes Genüge getan.

Der Zusammenhang zwischen dem durch die Beteiligung von Laien ausgelösten Zwang, das einschlägige Beweismaß ausdrücklich zu formulieren, und der Prägung kennzeichnungskräftiger Formeln wird besonders deutlich, wenn man die evidentiary burden im common law betrachtet.³⁷⁶ Die Entscheidung, ob der evidentiary burden genügt wurde, obliegt allein dem Richter, so dass eine Erläuterung des anzuwendenden Standards gegenüber Laien nicht nötig ist. Konsequenterweise fehlt daher bis heute eine allgemein akzeptierte Formel, mit der die Höhe dieser Hürde beschrieben werden könnte.³⁷⁷

374 Vgl. auch *Clermont & Sherwin*, (2002) 50 Am. J. Comp. L. 243, 257 f.

375 *Cohen*, S. 245 f.

376 Siehe hierzu S. 20.

377 *Tapper*, *Cross on Evidence*, S. 138.

Dass die kontinentaleuropäischen Formeln eher auf die subjektive Seite abstellen, während in den am Jury-Verfahren orientierten Systemen die objektiven Bedingungen stärker betont werden, könnte weiter daran liegen, dass ein Richter, dessen ganze Ausbildung darauf ausgelegt ist, die Rolle eines objektiven Entscheiders auszufüllen, weniger daran erinnert werden muss, dass er seine Entscheidung nicht auf seine ganz eigene persönliche Überzeugung, die in keiner Weise intersubjektiv akzeptabel ist, stützen darf, als dies bei einem Laien der Fall sein mag. Das Bedürfnis, die Person, welche die Beweise würdigt, daran zu mahnen, dass dieser Vorgang rational und nachvollziehbar zu erfolgen hat, wird insofern in einem Jury-System wesentlich stärker ausgeprägt sein als bei einer Beweismwürdigung durch Berufsrichter. Ein Berufsrichter mag demgegenüber eher daran zu erinnern sein, dass er sich bei der Sachverhaltsfeststellung auf seine persönliche Überzeugung berufen kann und muss, auf die es bei der Feststellung der Rechtslage eben gerade nicht ankommt.

Historisch ist auf den Einfluss *Jeffrey Gilberts* auf das Beweisrecht des common law hinzuweisen. *Gilbert* war von 1722 bis 1726 Lord Chief Baron des Court of Exchequer und er wird auch als »father of the specialised study of evidence«³⁷⁸ bezeichnet. In der Sprache, die er zum Ausdruck seiner juristischen Theorien verwendete, war er in hohem Maße von seiner Liebe zur Mathematik beeinflusst³⁷⁹, wie nirgendwo deutlicher wird als in seinem Versuch, die verschiedenen Stärken eines Beweises in Wahrscheinlichkeitsgrößen anzugeben.³⁸⁰ Obwohl *Bentham* später die Theorien *Gilberts* auf das Heftigste bekämpfte³⁸¹, hat sich doch wenigstens im Hinblick auf die Beschreibung des Beweismaßes der durch *Gilbert* ausgeübte »baneful influence«³⁸² behauptet.

Das moderne kontinentale Beweisrecht zeigt sich demgegenüber in erster Linie durch Ideen und Werte der französischen Revolution beeinflusst.³⁸³ Infolgedessen stand im späten 18. und im frühen 19. Jahrhundert die Befreiung von den überkommenen Beweisregeln im Mittelpunkt der Entwicklung. So wurde zunächst im Strafprozess die freie Beweismwürdigung eingeführt, was langfristig nicht ohne Auswirkungen auf das Zivilverfahren blieb.³⁸⁴ Den Richter bei seiner Suche nach der Wahrheit an strikte Regeln zu binden, ihn vielleicht sogar zum

378 *Twining*, in: *Well and Truly Tried*, S. 212.

379 A.a.O., S. 215.

380 *Jeffrey Gilbert*, *The Law of Evidence* (1801), S. 1 ff.

381 *Jeremy Bentham*, *Works* (1843), vol 6, S. 142 ff., 183 ff.

382 *Twining*, *Well and Truly Tried*, S. 217.

383 Vgl. *Walter*, *Freie Beweismwürdigung*, S. 67; *Damaška*, *Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence*, S. 97. *Deppenkemper*, *Beweismwürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis*, S. 214 f., verneint den geistesgeschichtlichen Zusammenhang zwischen französischer Revolution und Übernahme der freien Beweismwürdigung in Deutschland.

384 *Damaška*, a.a.O., S. 103; *Rolf Stürner*, in: *Festschrift für Alfred Söllner*, München 2000, S. 1170, 1180.

Sklaven einer numerisch festzustellenden Wahrscheinlichkeit zu machen, hätte die Bemühungen konterkariert, ein Ende mit starren Beweisregeln zu machen und damit nicht in das geistige Klima jener Zeit gepasst.³⁸⁵

Schließlich ist auf den unterschiedlichen Stil gerichtlicher Verfahren im common und im civil law als eine mögliche Erklärung für die Unterschiede in den Formulierungen hinzuweisen. Oben wurde bereits angedeutet, dass die Aussagekraft des Gegensatzpaares »adversarial« und »inquisitorial« im Hinblick auf die Beschreibung vor allem des deutschen Zivilverfahrensrechts im Vergleich zur civil procedure des common law nicht überschätzt werden darf.³⁸⁶ Auch wenn insofern insbesondere das deutsche Zivilverfahrensrecht nicht so inquisitorial ist, wie manche amerikanische Prozessualisten vielleicht glauben mögen, so kann nicht bestritten werden, dass im Hinblick auf die Ausgestaltung und Durchführung des gerichtlichen Verfahrens erhebliche Unterschiede zwischen den Rechtskreisen bestehen. *Damaška* hat versucht, diese Unterschiede in der Rechtskultur mit »divergent ideas about the function of government, including its role in the judicial process«³⁸⁷ zu erklären. Er beschreibt kontinentaleuropäische Staaten als traditionellerweise eher an einem aktiven, paternalistischen Selbstverständnis orientiert, nach dem der Staat in wesentlich stärkerem Umfang in die Beziehungen der Bürger eingreift, während anglo-amerikanische Staaten traditionell eine reagierende Haltung einnehmen und so wenig wie möglich in die bipolaren Beziehungen der Bürger intervenierten.³⁸⁸ Diese Theorie könnte möglicherweise erklären, wieso im civil law die Überzeugung des Richters als Repräsentant des Staates im Mittelpunkt der Beweismaßformeln steht, während im common law auf die Qualität der von den Parteien beigebrachten Beweise abgestellt wird.³⁸⁹

385 Vgl. *Damaška*, 43 Am. J. Comp. L. 343 ff.

386 Siehe S. 13 f.

387 *Damaška*, *Faces of Justice*, S. 90.

388 Vgl. zur Idee des Verfahrensrechts als Ausdruck der kulturellen Identität eines Staates auch *Oscar G. Chase*, *American »Exceptionalism« and Comparative Procedure*, 50 Am. J. Comp. L. 277 at 281, der das US-amerikanische Zivilprozessrecht mit den Begriffen »liberty, egalitarianism, individualism, populism and laissez-faire« beschreibt.

389 Es sei allerdings klargestellt, dass *Damaška* selbst anzunehmen scheint, dass sich die Beweismaße des common und des civil law nicht nur semantisch, sondern auch substantziell unterscheiden. Er bemüht sich daher, das im Text beschriebene Modell zur Erklärung dieser inhaltlichen Differenz fruchtbar zu machen. *Damaška*, *Faces of Justice*, S. 119 ff. *Damaška* führt unter anderem aus, dass in einem System, in dem die Herbeischaffung und Auswertung des Beweismaterials weitgehend dem Richter obliegt, eine Beweislastentscheidung berechnete Zweifel bei der unterliegenden Partei hinsichtlich der Bemühungen des Richters, die Fakten zu ermitteln, erwecken müsse. Aus meiner Sicht spricht dieses Argument eher für ein niedriges Beweismaß im civil law.

§ 7 *Ein identisches Beweismaß trotz unterschiedlicher Formeln*

Diese Gesichtspunkte können hier nur angedeutet werden, und umfangreichere Untersuchungen sind nötig, um die Gründe für die Unterschiede der Formulierungen zu ermitteln. Es bestehen allerdings gute Aussichten, dass eine solche Analyse äußerst interessante Einblicke in die »kosmische Hintergrundstrahlung« unserer Verfahrensordnungen zu liefern vermag. So lernen wir durch den Vergleich verschiedener Verfahrensordnungen vielleicht mehr über das Wesen unserer eigenen Ordnung als eine isolierte Betrachtung dies je zu leisten vermöchte.

§ 8 Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die These von der »odd difference between common law and civilian procedures«³⁹⁰ im Hinblick auf das Beweismaß im Zivilprozess nicht zu halten ist. Blickt man hinter die in den verschiedenen Rechtskreisen verwendeten Formeln zur Beschreibung des Beweismaßes, so ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sich die gerichtliche Praxis dies- und jenseits des Ärmelkanals im Hinblick auf die Frage unterscheidet, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit ein Beweis als geführt erachtet werden kann.

Im Gegenteil lassen sich sowohl in der theoretischen Konzeption wie auch im Hinblick auf die tatsächliche Anwendung bemerkenswerte Übereinstimmungen feststellen. So nehmen alle hier betrachteten Systeme als Ausgangspunkt die Ermittlung der Wahrheit als das Ziel gerichtlicher Sachverhaltsfeststellung. Wahrheit wird in diesem Zusammenhang nach praktisch allgemeiner Ansicht im Sinne der sogenannten Korrespondenztheorie als die Übereinstimmung einer tatsächlichen Behauptung mit der Realität verstanden.

Da die Feststellung der objektiven Wahrheit einem menschlichen Beurteiler oft – und erst recht dem Richter oder dem Juror im Kontext eines juristischen Verfahrens mit seinen zeitlichen, finanziellen und normativen Beschränkungen der Mittel zur Wahrheitsfeststellung – verschlossen ist, wird in keinem System die Schwelle so hoch gelegt, dass der Beweis erst dann geführt wäre, wenn die Übereinstimmung der Behauptung mit der Wahrheit objektiv festgestellt worden ist.

Doch auch die objektive Wahrscheinlichkeit kann nicht das Maß des zu erbringenden Beweises bilden. Denn der objektive Wahrscheinlichkeitsbegriff gibt die relative Häufigkeit einer bestimmten Zufallsereignisses bei Experimenten unter immer gleichen Bedingungen an. Diese Voraussetzungen sind aber im Hinblick auf die vor Gericht festzustellenden Tatsachen nur in den seltensten Fällen erfüllt, da die gerichtlich zu überprüfenden Behauptungen regelmäßig einmalige Ereignisse betreffen, nach deren statistischer Häufigkeit man nicht sinnvoll fragen kann.

So dürfen auch die zivilrechtlichen Beweismaßformeln des common law von der »balance of probabilities« oder der »preponderance of the evidence« nicht dahingehend verstanden werden, dass der Richter oder der Juror eine objektive Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der umstrittenen Tatsache feststellen müsste. Vor allem wenn man die englische Entscheidungen nach *Bater v. Bater*³⁹¹

390 *Clermont & Sherwin*, (2002) 50 Am. J. Comp. L., 243, 244.

391 *Bater v. Bater* ([1950] 2 All E.R. 458 (C.A.)).

und anglo-amerikanische jury-instructions betrachtet, aber auch wenn man sich das strafrechtliche Beweismaß von »beyond reasonable doubt« vor Augen führt, wird deutlich, dass es in erster Linie darauf ankommt, ob die mit der Beweiswürdigung betraute Person *glaubt*, dass das Beweisthema vorliegt. Insoweit ist kein Unterschied zu den in Kontinentaleuropa verwendeten Beweismaßformeln zu erkennen, die auf die *Überzeugung* des Richters abstellen. Alle betrachteten Rechtskreise verfolgen somit eine in diesem Sinne subjektive Konzeption des Beweismaßes.

Die Beweiswürdigung aber völlig der Willkür der mit ihr befassten Person zu überlassen, würde rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechen. Insofern sehen alle hier betrachteten Systeme ex ante und ex post wirkende Mechanismen vor, die gewährleisten, dass ein gewisses Mindestmaß an Rechtfertigung für die vom trier of facts vorgenommene Beweiswürdigung vorhanden ist. In der common law Formel von der »balance of probabilities« wird die Notwendigkeit der Rechtfertigung direkt angesprochen, wenn man nur erkennt, dass hiermit auf das von *Cohen*³⁹² beschriebene Konzept der induktiven Wahrscheinlichkeit zurückgegriffen wird, nach dem »Wahrscheinlichkeit« das Maß an objektiver Rechtfertigung für eine intuitiv gefundene Überzeugung bildet. Wenn also ein Mindestmaß an Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen des Beweisthemas verlangt wird, so meint dies ein Mindestmaß an Rechtfertigung für den entsprechenden Glauben des Jurors oder Richters. Im kontinentaleuropäischen Recht, dessen Beweismaßformeln die Bezugnahme auf das Konzept der Wahrscheinlichkeit nicht kennen, wird dieses Erfordernis durch den Begründungszwang hinsichtlich tatsächlicher Feststellungen (§ 286 Abs. 1 S. 2 ZPO) verwirklicht. Nur wenn der Richter in der Lage ist, für die von ihm getroffenen Feststellungen eine nachvollziehbare, rationale Begründung zu liefern, genügt seine Beweiswürdigung den gesetzlichen Anforderungen. Neben diesen ex ante wirkenden Instrumenten findet in beiden Systemen aber auch eine (begrenzte) Rationalitätskontrolle durch die Rechtsmittelinstanz statt. So können appellate courts im common law das erstinstanzliche Urteil in tatsächlicher Hinsicht auf einen »clear and palpable error« hin untersuchen, und so kann das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bei konkreten Anhaltspunkten für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Sachverhaltsfeststellung durch das Ausgangsgericht die Beweisaufnahme erneut durchführen. Und auch der BGH als Revisionsgericht überprüft trotz der Bindung aus § 559 Abs. 2 ZPO das Urteil der Vorinstanz auf einen Verstoß gegen die Denk- und Naturgesetze sowie zwingende Erfahrungssätze.

Insofern lässt sich also das den Rechtskreisen gemeinsame Konzept dahingehend beschreiben, dass die Beweiserbringung eine Überzeugung des Richters von der Wahrheit einer zu beweisenden Behauptung voraussetzt, die ein Mindestmaß an Rechtfertigung aus den erhobenen Beweisen bezieht. Bei der Frage,

392 *Cohen*, The Probable and the Provable.

wie hoch dieses Mindestmaß anzusiedeln ist, könnten sich nun durchaus trotz der konzeptionellen Übereinstimmung praktische Unterschiede ergeben. Wie die obige Untersuchung zu den in einzelnen Bereichen gewährten Beweiserleichterungen gezeigt hat, scheint dies jedoch nicht der Fall zu sein. Wäre das Beweismaß im common law tatsächlich niedriger als im civil law, so wäre zu erwarten, dass die Notwendigkeit, dem Kläger, der von struktureller Beweisnot betroffen ist, Beweiserleichterungen zu gewähren, hier weniger drückend ist als im civil law. Denn infolge des geringeren Beweismaßes müsste es ihm trotz seiner schlechteren Beweisposition leichter fallen, die anspruchsbegründenden Voraussetzungen zu beweisen. Eine Durchsicht der Rechtsprechung der Bereiche des Produkthaftungs-, des Arzthaftungsrechts und des Rechts der Entwendungsversicherungen hat jedoch gezeigt, dass es für jeden dieser drei Bereiche in beiden Rechtskreisen das Problem der Beweisnot des Geschädigten bzw. des Versicherungsnehmers gibt. Dieses wird zwar nicht in allen Fällen mit denselben Instrumenten gelöst, es wird aber immerhin als solches wahrgenommen. Mit der These von einem niedrigeren Beweismaß im common law lässt sich dieser Befund nicht vereinbaren. Gegen diese Ansicht spricht weiter die Praxis transnationaler Schiedsverfahren, in denen das anzuwendende Beweismaß als theoretisches Problem keine Rolle spielt, wie schließlich auch die Beweismaßregel in 21.2 der *Principles of Transnational Civil Procedure*, die in eleganter Weise die Beweismaßformeln der Rechtskreise miteinander versöhnt.

Ein Unterschied mag allenfalls dahingehend zu konstatieren sein, dass das Beweismaß nach der herrschenden Auffassung im englischen Recht nicht fix und abstrakt festgelegt in dem Sinne ist, dass in allen Fällen dasselbe Maß an Rechtfertigung für die richterliche Überzeugung verlangt werden könnte. Demgegenüber wird von der herrschenden Ansicht in Deutschland die Theorie eines festen Beweismaßes vertreten, nach der § 286 Abs. 1 ZPO ein sogenanntes Regelbeweismaß normiert, das allenfalls durch gesetzlich normierte oder richterrechtlich entwickelte Ausnahmen modifiziert wird. Dass diese Unterschiede der jeweils herrschenden Meinung freilich zu in der Praxis differierenden Ergebnissen führen, muss wiederum bezweifelt werden. Denn letztlich liegt der Differenz nur die richtige theoretische Bestimmung des Regel/Ausnahmeverhältnisses zu Grunde, die für die Praxis bedeutungslos ist.

Ob allerdings das Dogma vom festen Beweismaß des deutschen Zivilprozesses die deutsche Praxis tatsächlich zutreffend beschreibt, ist eine andere Frage, die vom hier vertretenen Standpunkt aus zu verneinen ist. Wie empirische Untersuchungen gezeigt haben, begnügen sich unterinstanzliche Gerichte zuweilen mit nur einer einzigen Zeugenaussage, während sie in anderen Fällen erheblich stärkere Beweise verlangen. Gegen den Einwand, dass sich schließlich die Theorie nicht nach der (unrichtigen) Praxis zu richten habe, wird man einwenden müssen, dass die beschriebene Praxis eine vollkommen überzeugende Würdigung der Tatsache ist, dass sich die gerichtlich festzustellenden Sachverhalte in kognitiver, ontologischer und normativer Hinsicht so erheblich unterscheiden, dass man unmöglich in allen Fällen dasselbe Maß an Rechtfertigung für die

richterliche Überzeugung verlangen kann. Insofern ist es nicht die Praxis, die sich ändern muss, sondern die Theorie, die ihr Dogma vom festen Beweismaß insoweit aufgeben sollte, als damit ein für alle Fälle einheitlich festgelegter Mindestgesamtbeweiswert postuliert wird. Die hiergegen vorgebrachten Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit erledigen sich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Unsicherheit nicht aus einer Unklarheit hinsichtlich des anwendbaren *Rechts* resultiert, sondern lediglich Ausdruck der Unterschiedlichkeit der vor Gericht zu verhandelnden Fälle im *Tatsächlichen* ist.

Hinsichtlich möglicher Erklärungen für die sprachlichen Unterschiede der Beweismaßformeln angesichts der übereinstimmenden Konzeption vom Beweismaß stehen wir erst am Anfang. Die Orientierung des anglo-amerikanischen Rechts am Jury-Verfahren im Gegensatz zum durch den Berufsrichter dominierten Prozess auf dem Kontinent mag hierbei eine große Rolle spielen. Nicht zuletzt dürften die semantischen Unterschiede aber auch auf unterschiedliche (Verfahrens-) Rechtskulturen zurückzuführen sein. Auch wenn die Begriffe »adversarial« und »inquisitorial« in ihrem Erklärungsgehalt für Einzelprobleme nicht überschätzt werden dürfen, liegt es gerade für das amerikanische Recht näher, die Qualität der von den Parteien vorgebrachten Beweismittel als entscheidendes Kriterium zu benennen, während es aus Sicht des traditionell die Rolle des Richters betonenden kontinentaleuropäischen Rechts konsequent ist, dessen Überzeugung als ausschlaggebend in den Vordergrund zu rücken. Insofern zeigt sich auch am Beispiel des Beweismaßes, dass Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Prozessrechts eng mit einer Vergleichung des jeweiligen Verständnisses von der Rolle des Staates im Verhältnis zu seinen Bürgern verknüpft ist.³⁹³

393 Hierzu grundlegend Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, S. 6 ff.

Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur

Rechtsprechung

USA

- Addington v. Texas* (1979), 441 U.S. 418
Allison v. Chandler, (1863) 11 Mich. 542
Baughner v. Hartford Fire Ins. Co., (1974) 522 P.2d 401
Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc. (1946), 327 U.S. 25
Brink's Inc. v. The City of New York, 717 F.2d 700 (2d Cir. 1983)
Burch v. Reading Company, 240 F.2d 574 (3d Cir. 1957)
Coastal Plains Feeders, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co., (1977) 545 F.2d 448
Coca Cola Bottling Works v. Ponder, 443 S.W.2d 546 (Tex. Sup. Ct. 1969)
Dunbar v. McGill, 31 N.W. 578 (Mich. Sup. Ct. 1887)
Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co. (1927), 273 U.S. 359
Frazier v. Frazier, 89 S.E.2d 225 (S. C. Sup. Ct. 1955)
Gifford v. M.F.A. Mut. Ins. Co., (1969) 437 S.W.2d 714
Grogan v. Garner (1990), 498 U.S. 279
Jackson v. Virginia (1979), 443 U.S. 307
Kirkland v. General Motors, 521 P.2d 1353 (Okl. Sup. Ct. 1974)
Lampe v. Franklin, 107 A.L.R. 465 (Mo. Sup. Ct. 1936)
Long v. Glidden Mut. Ins. Ass'n, (1974) 215 N.W.2d 271
Lovas v. St. Paul Ins. Cos., (1976) 240 N.W.2d 53
McDonald v. Union Pacific Railroad Co., 167 P.2d 685 (Utah Sup. Ct. 1946)
Metropolitan Railway Co. v. Jackson (1877), 3 App. Ca. 193
Ortiz v. Principi, 274 F.3d 1361 (Fed. Cir. 2001)
People v. Collins (1968), 68 Cal.2d 319 (Sup. Ct. Cal.)
Raff v. Farm Bureau Ins. Co., (1967) 149 N.W.2d 52
Smith v. Rapid Transit, 58 N.E.2d 754 (Mass. Sup. Jud. Ct. 1945)
Stella Jewelry, Inc. v. Naviga Belgamar Through Penem Int'l Inc., (1995) 885 F. Supp. 84
Story Parchment Co. v. Patterson Parchment Paper Co. (1931), 282 U.S. 555
United States v. Procter Gamble Co. (1958), 356 U.S. 677

KANADA

- Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co. Ltd. et al.*, [1982] 1 S.C.R. 164
Hanes v. Wawanesa Mut. Ins. Co., [1963] 1 S.C.R. 154
Her Majesty The Queen and David Edwin Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927
Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol, [1978] 1 S.C.R. 491.
Lapointe v. Hopital Le Gardeur (No. 1), [1992] 1 S.C.R. 351
MacGregor v. Ryan, [1965] 1 S.C.R. 757
Michaud c. Bergeron (1980) C.A. 246
Mutual Life Assurance Co. of Canada v. Aubin, [1979] 2 R.C.S. 298
Osmond v. Sears Canada Inc. (1988), 220 A.P.R. 75
R. v. Cinous, [2002] S.C.C. 29
R. v. Morabito, [1949] S.C.R. 172
Rioux-Therrien v. L'Alliance et l'Assurancevie Desjardins, [1974] C.A. 271
Smith v. Smith, [1952] 2 S.C.R. 312
St-Jean v. Mercier, [2002] S.C.C. 15
Varga v. John Labatt Ltd., [1956] O.R. 1007

ENGLAND

- Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.)
Blyth v. Blyth, [1966] A.C. 643 (H.L.)
Davis v. Davis, [1950] 1 All E.R. 40 (C.A.)
Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562 (H.L.)
Gower v. Gower, [1950] 1 All E.R. 804 (C.A.)
Hadley v. Baxendale (1854), 9 Exch. 34.1
Hornal v. Neuberger Prod. Ltd., [1957] 1 QB 247
Issaias v. Marine Insurance C. Ltd. (1923), 15 Ll. L. Rep. 186 (C.A.)
J S (a minor), Re [1980] 1 All E.R. 1061
Khawaja v. Secretary of State, [1984] A.C. 74 (H.L.)
Loveden v. Loveden (1810), 161 E.R. 648 (Cons. C. of London)
Miller v. Minister of Pensions, [1947] 2 All E.R. 372 (K.B.)
New York State v. Heirs of Phillips, [1939] 3 All E.R. 952 (P.C.)
Nishina Trading Co. Ltd. v. Chiyoda Fire and Marine Insurance C. Ltd., [1969] 2 Q.B. 449
R. v. Bennett (1978), 68 Cr. App. Rep. 168 (C.A.)
R v. Shepherd (1988) 85 ALR 387
R. v. Smith (1865), 34 LJMC 153
Re H (Minors), [1996] A.C. 563 (H.L.)
Rhesea Shipping Co. SA v. Edmunds, [1985] 2 All E.R. 712 (H.L.)

DEUTSCHLAND

BGH in BGHZ:

130, 1
104, 323
85, 327
85, 212
61, 165
53, 245
51, 91
24, 308
12, 22
11, 227

BGH in NJW:

2005, 425
2004, 2011
2004, 777
2004, 222
1998, 2736
1998, 79
1996, 1683
1994, 306
1993, 734
1990, 576
1982, 2882
1972, 1515
1954, 1119

Sonstige:

BGH XI ZR 210/03 v. 05.10.2004
BGH NJW-RR 2004, 1432
BGH FamRZ 1996, 408
BGH NJW-RR 1996, 981
BGH NJW-RR 1993, 653
BGH NZV 1989, 468
BGH DRiZ 1967, 216
RGZ 99, 70
OLG Rostock OLG-NL 2004, 146
OLG Hamm VersR 2002, 883
OLG Koblenz VersR 2000, 218
OLG Celle NJW-RR 00, 485

ANDERE RECHTSORDNUNGEN

Briginshaw v. Briginshaw, [1938] 60 C.L.R. 336 (H.C.A.) (Australien)

Brown v. Brown, [1972] S.C. 123 (Australien)

Minister for Business and Consumer Affairs v. Evans, (1984) 54 A.L.R. 128
(Sup. Ct. N.S.W.) (Australien)

Re Kerrison (1990), 101 A.L.R. 525 (F.C.A.) (Australien)

Euro National Corporation Ltd. v. NZI Bank Ltd., [1992] 2 NZLR 739 (H.C.
Auckland, Neuseeland)

Road Accident Fund v. Mongalo, The Supreme Court of Appeal of South Africa,
02. 12. 2002, online: <<http://wwwserver.law.wits.ac.za/sca/files/48701/48701.pdf>> Stand Juni 2005 (Südafrika)

Englischsprachige Literatur

- Carleton Kemp Allen* Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence, Oxford, 1931
- Ronald J. Allen & Brian Leiter* Naturalized Epistemology and the Law of Evidence, (2001) 87 Va. L. Rev. 1491 ff.
- American Law Institute & UNIDROIT* Fundamental Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, (2001) 33 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 785 ff.
- John Alan Appleman* Appleman on Insurance Law & Practice, 1997
- V. C. Ball* The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof, (1961) 14 Vand. L. Rev. 807 ff.
- James Beardsley* Proof of Fact in French Civil Procedure, (1986) 34 Am. J. Comp. L. 459 ff.
- Mathew Bender* (publisher) Insuring Real Property, Loseblattsammlung Stand Dezember 2004
- Jeremy Bentham* A Treatise on Judicial Evidence, London 1825
6 Works, herausgegeben von *John Bowring*, Edinburgh 1843
- Burkhard Bastuck & Burkard Gopfert* Admission and Presentation of Evidence in Germany, (1994) 16 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 609 ff.
- Bryan Beaumont* The Proposed ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure and their Relationship to Australian Jurisdictions, [2001] Unif. L. Rev. 951 ff.
- Per Olof Bolding* Aspects of the Burden of Proof, (1960) 4 Scand. Stud. in L. 9 ff.
- Wayne Brazil* The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change, (1978) 31 Vand. L. Rev. 1295 ff.
- Moritz Brinkmann* The Synthesis of Common and Civil Law Standard of Proof Formulae in the ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, (2004) Unif. L. Rev. 875 ff.

Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur

- John E. C. Brierley & Roderick Macdonald* (Hrsg.) An Introduction to Quebec Private Law, Toronto 1993
- Oscar G. Chase* American »Exceptionalism« and Comparative Procedure, 50 Am. J. Comp. L. 277 ff.
- Kevin M. Clermont & Emily Sherwin* A Comparative View of Standards of Proof, (2002) 50 Am. J. Comp. L. 243 ff.
- Jonathan Cohen* The Logic of Proof, [1980] Crim. L. Rev. 91
The Probable and the Provable, Oxford 1977
- Gordon D. Cudmore* Civil Evidence Handbook, Loseblatt, 1999-Rel 5
- Mirjan R. Damaška* Truth in Adjudication, (1998) 49 Hastings L. J., 289 ff.
Evidence Law Adrift, New Haven/London 1997
Free Proof and its Detractors, (1995) 43 Am. J. Comp. L. 343 ff.
Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View, in: Comparative Private International Law, herausgegeben von *David S. Clark*, Berlin 1990, S. 91 ff.
The Faces of Justice and State Authority, New Haven/London 1986
- Ian H. Dennis* The Law of Evidence, 2. Aufl., London 2002
- Christian Diesen* Beyond Reasonable Doubt, (2000) 40 Scand. Stud. in L. 168 ff.
- Anthony M. Dugdale* Clerk & Lindsell on Torts, 18. Aufl., London 2001
- Per Olof Ekelöf* Free Evaluation of Evidence, (1964) 8 Scand. Stud in L. 45 ff.
- Howard M. Erichson* Mass Tort Litigation and Inquisitorial Justice, (1999) 87 Geo. L. J. 1983 ff.
- David Field* The Law of Evidence in Scotland, Edinburgh 1988
- David Fischer & William Powers Jr.* Products Liability Cases and Materials, St. Paul, Minn. 1988
- John G. Fleming* An Introduction to The Law of Torts, 2. Aufl., Oxford 1985
- Jerome Frank* Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice, Princeton 1949
- Marvin E. Frankel* The Search for Truth: An Umpireal View, (1975) 123 U. Pa. L. Rev. 1031 ff.

Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur

- Richard D. Friedman* Dealing with Evidentiary Deficiency, 18 *Cardozo L. Rev.* 1961 ff.
- Antonio Gidi* Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules, [2001] *Unif. L. Rev.* 819 ff.
- Dieter Giesen* *International Medical Malpractice Law*, Tübingen 1988
- Jeffrey Gilbert* *The Law of Evidence*, London 1801
- Claude Giverdon* The Problem of Proof in French Civil Law, (1956) 31 *Tul. L. Rev.* 29
- Patrick Glenn* *Legal Traditions*, Oxford 2000
The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?, (2004) *Unif. L. Rev.* 829 ff.
- Alvin I. Goldman* *Epistemology and Cognition*, Cambridge Mass./London 1986
- A. G. Guest* (Hrsg.) *Chitty on Contracts*, 27. Aufl., London 1994
- Donald G. Hagman & Malcolm D. MacArthur* Evidence: The Validity of a Multiple Standard of Proof, [1959] *Wisc. L. Rev.* 525 ff.
- David Hamer* The Civil Standard of Proof: Uncertainty, Probability, Belief and Justice, (1994) 16 *Syd. L. Rev.* 506 ff.
- Peter Herzog & Martha Weser* *Civil Procedure in France*, Den Haag 1967
- D. H. Hodgson J.* The Scales of Justice: Probability and Proof in Legal Fact-Finding, (1995) 69 *Austr. L. Rev.* 731 ff.
- Hanu Tapani Klami, Mimma Hatakka & Johanna Sorvettula* Burden of Proof. Truth or Law?, (1990) 34 *Scand. Stud. L.* 115 ff.
- David Kaye* The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation, [1982] *Am. B. Found. Res. J.* 487 ff.
- Adrian Keane* *The Modern Law of Evidence*, 5. Aufl., London/Dublin/Edinburgh 2005
- Aida Kemelmajer de Carlucci* La charge de la preuve dans les Principes et Règles ALI/UNIDROIT relatifs à la procédure civile transnationale, [2001] *Unif. L. Rev.* 915 ff.
- Hein Kötz* Civil Justice Systems in Europe and the United States, (2003) 13 *Duke J. of Comp. & Int. L.*, S. 61 ff.

Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur

- John H. Langbein* Legal Institutions: Trashing the German Advantage, (1988) 82 Nw. U.L. Rev. 763 ff.
The German Advantage in Civil Procedure, (1985) 52 U. Chi. L. Rev. 823 ff.
- Allen M. Linden* Canadian Tort Law, 7. Aufl., Toronto/Vancouver 2001
- David W. Louisell* Modern California Discovery, 2. Aufl., San Francisco 1972
- Werner Lorenz* Some Thoughts About International Product Liability, in: The Law of Obligations, herausgegeben von *Peter Cane & Jane Stapleton*, Oxford 1998, S. 319 ff.
- Richard L. Marcus* Evidence: Discovery along the Litigation/Science Interface, (1991) 57 Brooklyn L. Rev. 381 ff.
- James P. McBaine* Burden of Proof: Degrees of Belief, (1944) 32 Cal. L. Rev. 242 ff.
- Arthur J. Meagher & Ronald A. Meagher* Civil Procedure Simplified, Toronto 1983
- Christopher B Mueller & Laird C. Kirkpatrick* Federal Evidence, Westlaw database, Stand 2003
- Dale A. Nance* Naturalized Epistemology and the Critique of Evidence Theory, (2001) 87 Va. L. Rev. 1551 ff.
- Neil Orloff & Jerry Stedinger* A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard, (1983) 131 U. Pa. L. Rev. 1159 ff.
- Rosemary Pattenden* The Risk of Non-Persuasion in Civil Trials: The Case Against a Floating Standard of Proof (1988) 7 Civ. Just. Q. 220 ff.
- Ariel Porat & Alex Stein* Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable, (1997) 18 Cardozo L. Rev. 1891 ff.
- Alan Redfern & Martin Hunter* Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3. Aufl., London 1999
- Fiona Riatt* Evidence, 3. Aufl., Edinburgh 2001
- Mauro Rubino-Sammartano* International Arbitration, 2. Aufl., The Hague/London/Boston 2001
- R. J. Simon & L. Mahan* Quantifying Burdens of Proof, (1971) 5 Law & Society Rev. 319 ff.
- John Sopinka, Sidney N. Lederman & Alan W. Bryant* The Law of Evidence in Canada, 2. Aufl., Toronto/Vancouver, 1999

Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur

- Charles E. Stewart* German Commercial Code & Code of Civil Procedure in English, New York 2001
- John W. Strong* McCormick on Evidence, 5. Auflage, St. Paul (Minn.) 1999
- Ellen E. Sward* The Decline of the Civil Jury, Durham (North Carolina) 2001
- Colin Tapper* Cross & Tapper on Evidence, 10. Aufl., London/Edinburgh/Dublin 2003
- Michele Taruffo* Rethinking the Standards of Proof, (2003) 51 Am. J. Comp. L., S. 659 ff.
- James B. Thayer* Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, Boston 1898
- Laurence H. Tribe* Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, (1971) 84 Harv. L. Rev. 1329 ff.
- William Trickett* Preponderance of Evidence and Reasonable Doubt, (1906) 10 Dick. L. Rev. 76 ff.
- William Twining* Rethinking Evidence, Oxford 1990
Theories of Evidence, London 1985
»The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship« in *Well and Truly Tried*, herausgegeben von Enid Campbell/Gretchen Kewley, Sydney, 1982, S. 211 ff.
- Vern R. Walker* Preponderance, Probability and Warranted Fact-finding, (1996) 62 Brooklyn L. Rev. 1075 ff.
- Garry D. Watson et al.* The Civil Litigation Process, 5. Aufl., Toronto 1999
- Hayden White* The Burden of History, in: *Tropics of Discourse*, Baltimore 1978, S. 45 ff.
- John Henry Wigmore* Wigmore on Evidence, Volume 9, revised by *James H. Chadbourn*, Boston/Toronto 1981
- C. R. Williams* Placing the Burden of Proof, in: *Well and Truly Tried*, herausgegeben von *Enid Campbell & Louis Waller*, Sydney 1982, S. 271 ff.
- Ralph K. Winter* The Jury and the Risk of Nonpersuasion, [1971] Law & Soc. Rev. 335 ff.
- Adrian A.S. Zuckerman* Probability and Inference in the Law of Evidence, (1986) 66 B.U.L. Rev. 487 ff.

Deutschsprachige Literatur

- Peter Arens* Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, ZZP 88 (1975), 1 ff.
- Alternativkommentar zur ZPO* Neuwied 1987, zitiert: *Bearbeiter* in AK-ZPO
- Adolf Baumbach et al.* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 63. Aufl., München 2005
- Gottfried Baumgaertel et al.* Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 1, 2. Aufl., Köln/ Berlin/Bonn/München 1991
- Rolf Bender* Das Beweismaß, in: Festschrift für *Fritz Baur*, herausgegeben von *Grunsky et al.*, Tübingen 1981, S. 247 ff.
- Rolf Bender & Armin Nack* Tatsachenfeststellung vor Gericht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1995
- Ina Berg-Winters* Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht, Frankfurt a. M. 2005
- Rudolf Bruns* Beweiswert, ZZP 91 (1978), 64 ff.
- Per Olof Bolding* Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozess in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, herausgegeben von *Caemmerer*, Frankfurt a.M. 1966, S. 57 ff.
- Jürgen Bürkle* Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, Tübingen 1984
- Erich Döhring* Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, Berlin 1964
- Matthias Einmahl* Zeugenirrtum und Beweismaß im Zivilprozess, NJW 2001, 469 ff.
- Gunter Deppenkemper* Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis, Göttingen 2004
- Per Olof Ekelöf* Beweiswert, in: Festschrift für *Fritz Baur*, herausgegeben von *Grunsky et al.*, Tübingen 1981, S. 342 ff.
Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins, ZZP 75 (1962), S. 289 ff.
- Holger Fleischer* Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, 766 ff.

Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur

- Reinhold Geimer* Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Köln 2005
- Peter Gottwald* Das flexible Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozeß, in: Festschrift für *Dieter Henrich*, herausgegeben von *Peter Gottwald, Erik Jayme & Dieter Schwab*, Bielefeld 2000, S. 163 ff.
- Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979
- Minna Gräns* Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, Berlin 2002
- Reinhard Greger* Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978
- Ein Zeuge ist kein Zeuge – Zum Beweiswert des Beifahrers, NZV 1988, 13
- Die ZPO-Reform – 1000 Tage danach, JZ 2004, 805 ff.
- Wolfgang Grunsky* Besprechung von *Richard Motsch* und *Ernst Ludwig Nell*, NJW 1984, 858 ff.
- Walther J. Habscheid* Beweislast und Beweismaß, in: Festschrift für *Gottfried Baumgärtel*, herausgegeben von *Prütting*, Köln/Berlin/Bonn/München 1990, S. 105 ff.
- Dietmar Hainmüller* Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, Tübingen 1966
- Heribert Hirte* Berufshaftung, München 1996
- Michael Huber* Das Beweismaß im Zivilprozess, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983
- Immanuel Kant* Kritik der reinen Vernunft, Erstausgabe: Riga 1781, hier verwendete Ausgabe: Studienausgabe, herausgegeben von *Martin, Heidemann, Kopper, Lehmann*, Stuttgart 1966
- Christian Katzenmeier* Arzthaftung, Tübingen 2002
- Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZZZ 117 (2004), 187 ff.
- Anmerkung zu BGH JZ 2004, 1029, in JZ 2004, 1030 ff.
- Gerhard Kegel* Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Festgabe für *Heinrich Kronstein*, herausgegeben von *Biedenkopf, Coing, Mestmäcker*, Karlsruhe 1967, S. 331 ff.

Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur

- Karl-August Klauser* Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung (§ 287 ZPO), JZ 1968, 167 ff.
- Helmut Kollhoser* Beweiserleichterungen bei Entwendungsversicherungen, NJW 1997, 969 ff.
- Hein Kötz & Konrad Zweigert* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996
- Stelios Koussoulis* Beweismaßprobleme im Zivilprozess, in: Festschrift für *Karl Heinz Schwab*, herausgegeben von *Gottwald & Prütting*, München 1990, S. 276 ff.
- Dieter Leipold* Wahrheit und Beweis im Zivilprozess, in Festschrift für *Hideo Nakamura*, herausgegeben von *Heldrich & Uchida*, Tokyo 1996, S. 303 ff.
- Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1985
- Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979
- Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966
- Bernhard Maassen* Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, Köln/Berlin/Bonn/München, 1976
- Richard Motsch* Vom rechtsgenügenden Beweis, Berlin 1983
- Münchener Kommentar zum BGB* herausgegeben von *Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker*,
Band 2 a §§ 241–432, 4. Aufl., München 2003
Band 5, §§ 705–853, 4. Aufl., München 2004
zitiert: *Bearbeiter in MüKo-BGB*
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* herausgegeben von *Gerhard Lüke/ Peter Wax*,
Band 1 §§ 1–354, 2. Auflage, München 2000,
Aktualisierungsband, 2. Auflage, München 2002
zitiert: *Bearbeiter in MüKo-ZPO*
- Hans-Joachim Musielak* Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975
- Das Överviktsprincip – Zum Verhältnis richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit in: Festschrift für *Gerhard Kegel*, herausgegeben von *Lüderitz & Schröder*, Frankfurt a.M. 1977, S. 451 ff.
- Besprechung von *Dieter Leipold*, Beweismaß und Beweislast, ZZP 99 (1986), 217 ff.

Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur

- Hans Joachim Musielak & Max Stadler* Grundfragen des Beweisrechts. Beweisaufnahme – Beweiswürdigung – Beweislast, München 1984
- Nagel, Heinrich & Bajons, Ena-Marlis* (Hrsg.) Beweis – Preuve – Evidence, Grundzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa, Baden-Baden 2003
- Ernst Ludwig Nell* Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, Berlin 1983
- Michael Nierhaus* Beweismaß und Beweislast, München 1989
- Palandt, Otto* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 64. Aufl., München 2005
- Paulus, Christoph G.* Beweismaß und materielles Recht, in: Festschrift für *Walter Gerhardt*, herausgegeben von *Eberhard Schilken*, Köln 2004, S. 747 ff.
- Michael G. Perband* Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Zivilprozeß (§ 286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Frankfurt a.M. 2003
- Karl Popper* Objektive Erkenntnis, Hamburg 1973
- Hanns Prütting* Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983
- Walter H. Rechberger* Maß für Maß im Zivilprozess? Ein Beitrag zur Beweismaßdiskussion, in: Festschrift für *Gottfried Baumgärtel*, herausgegeben von *Prütting*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1990, S. 471 ff.
- Luidger Röckrath* Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, München 2004
- Wolfgang Römer* Der Kraftfahrzeugdiebstahl als Versicherungsfall, NJW 1996, 2329 ff.
- Oliver Rommé* Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, Köln/Berlin/Bonn/München 1989
- Haimo Schack* Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., München 2002
- Inge Scherer* Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung, Köln/Berlin/Bonn/München 1996
- Arno Scherzberg* Beweiserhebung als Kognition, ZZP 117 (2004), 163 ff.
- Joachim Schulz* Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie, Köln 1992

Verzeichnis der verwendeten Rechtsprechung und Literatur

- Karl Heinz Schwab* Das Beweismaß im Zivilprozess, in: Festschrift für *Hans W. Fasching*, herausgegeben von *Holzhammer, Jelinek & Böhm*, Wien 1988, S. 451 ff.
- Julius v. Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearbeitung, §§ 249–254, Berlin 1998
- Friedrich Stein & Martin Jonas* (Hrsg.) Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3. §§ 253–299a, 21. Aufl., Tübingen 1997
- Barbara Stichelbrock* Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, Köln 2002
- Rolf Stürner* Geschichtliche Grundlinien des europäischen Beweisrechts, in Festschrift für *Alfred Söllner*, herausgegeben von *Köbler, Heinze & Hromadka*, München 2000, S. 1170 ff.
- Heinz Tomas & Hans Putzo* Zivilprozessordnung, 26. Aufl., München 2004
- Gerhard Walter* Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979
- Heinz Wassermeyer* Der prima-facie Beweis, Münster 1954
- Helmut Weber* Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess, Tübingen 1997

Französischsprachige Literatur

- Jean Paul Béraud* Reflexion sur les Principes ALI/UNIDROIT à propos de la preuve, [2001] Unif. L. Rev. 925 ff.
- Léo Ducharme* L'administration de la preuve, 3. Aufl., Montreal 2001
Précis de la preuve, 5. Aufl., Montreal 1996
- Paul Foriers* Introduction au droit de la preuve, in: La Preuve en droit, Brüssel 1981, S. 7 ff.
- Aida Kemelmajer de Carlucci* La charge de la preuve dans les Principes et Règles ALI/UNIDROIT relatifs à la procédure civile transnationale, [2001] Unif. L. Rev. 915 ff.
- Marcel Planiol* Traité élémentaire de droit civil, T. I., Paris 1952
- Jean Claude Royer* La Preuve Civile, Cowansville 1987
- Philippe Théry* Finalités du droit de la preuve, (1996) 23 Droits, 41 ff.

Sachregister

- Adversarial 13 f., 59
Admissibility 15
Anastasia-Entscheidung 42 f., 69
Anscheinsbeweis 54, 70, 75 f.
Arzthaftungsrecht 75
- Balance of Probability 2, 27, 29, 37
Bater v. Bater 33 ff
Beifahrerrechtsprechung 49
Belief 3, 31, 39, 62, 82
Beurteilungsspielraum 71
Beweis
– Funktion 5, 45, 58, 59, 65, 85
– Entwicklung des Beweisrechts 1, 86 f
– der Schadenshöhe 52, 68
Beweiserleichterungen 17, 48, 51, 73
Beweislast 18 f., 46, 72
Beweislastumkehr 51, 74 ff.
Beweiswert 12, 50, 57, 60, 63
Beweiswürdigung 8, 21, 35, 36, 48, 57, 65, 86, 90
Beyond a reasonable doubt 11, 27
Burden of Proof 3, 18 f.
- Clear and convincing evidence 32 f., 68
- Deutschland 41 ff.
Discovery-Procedure 16, 79
- England 33 f.
Erkenntnistheorie 7, 30
Evidentiary burden 20, 85
- Frankreich 58 ff.
- Gewissheit 41, 43, 58
Glaubhaftmachung 53
Glaube s. belief
- Inquisitorial 13 f., 59
Internationales Zivilverfahrensrecht 78
- Intime conviction 2, 58
- Jury-Verfahren 14 f., 85
- Motion for non-suit 21
- Överviktsprincip 35 ff.
- Presumptions 51
Principles of Transnational Civil Procedure 2, 81 ff.
Preponderance of the evidence 11, 27
Produkthaftungsrecht 74
- Quebec 28
- Rechtfertigung für richterliche Entscheidungen 8, 44, 64, 66
Rechtskultur 13, 85 ff., 92
Regelbeweismaß 18, 47, 57, 69, 91
Res ipsa loquitur 55, 75
Revisibilität 9, 64, 71, 90
- Schadensfeststellung s. Beweis, Schadenshöhe
Schiedsgerichtsbarkeit, internationale 78
Schweden 35 ff.
Statistisches Beweismaterial 24 f., 38
Strafrecht 27
- Überzeugung 2, 3, 42, 56, 60, 63, 65
USA 32 f.
- Versicherungsrecht 77
- Wahrheit 6 ff., 59, 65, 83
Wahrscheinlichkeit 23 ff., 45, 61 ff.
- Zeugenbeweis 49
Zweifel 3, 43, 60, 69, 81

Prozeßrechtliche Abhandlungen

Herausgegeben von Prof. Dr. Hanns Prütting

Seit 1988 sind erschienen:

- Heft 63 **Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß**
Von Dr. Stephan Weth
1988; 8°; XXVIII, 314 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-20984-9
- Heft 64 **Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen**
Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung
des französischen Rechts
Von Dr. Klaus Heinemann
1988; 8°; XXX, 180 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21241-6
- Heft 65 **Die Grundstruktur der Rechtshängigkeit**
Entwickelt am Problem des Rechtshängigkeitseinwandes bei
Rechtskrafterstreckung auf Dritte
Von Dr. Ulrich Herrmann
1988; 8°; XXI, 166 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21272-6
- Heft 66 **Die internationale Zustellung in Zivil- und Handelssachen**
Von Dr. Günter Pfennig
1988; 8°; XXV, 156 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21285-8
- Heft 67 **Die Kosten des deutschen und französischen
Vollstreckbarerklärungsverfahrens nach dem GVÜ**
Von Dr. Ulrich Feige
1988; 8°; XXIV, 104 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21291-2
- Heft 68 **Anwaltliches Standesrecht im Konflikt mit zivilrechtlichen
Ansprüchen des Mandanten**
Von Dr. Jörg Hanna
1988; 8°; XXIII, 90 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21325-0

- Heft 69 **Die Zwangshypotheken der Zivilprozeßordnung**
Von Dr. Stefan Habermeier
1989; 8°; XXV, 138 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21338-2
- Heft 70 **Einstweiliger Rechtsschutz und Schadensersatzpflicht**
Der Schadensersatzanspruch nach § 945 der Zivilprozeßordnung
Von Dr. Thomas Stolz
1989; 8°; XXVII, 144 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21359-5
- Heft 71 **Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung,
Beweismaß und Beweislast**
Von Dr. Oliver Rommé
1989; 8°; XXII, 181 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21357-9
- Heft 72 **Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch**
Von Dr. Joachim Münch
1989; 8°; LVI, 668 Seiten; Pappband
ISBN 3-452-21577-6
- Heft 73 **Die Beweislastverteilung bei Schäden aus Industrieimmissionen**
Von Dr. Bernhard Gmehling
1989; 8°; XXXV, 258 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21515-6
- Heft 74 **Rechtsprechung – Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge
und Prozeß**
Von Prof. Dr. Stefan Smid
1989; 8°; LXI, 429 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21467-2
- Heft 75 **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der
Zwangsvollstreckung**
Von Prof. Dr. Eberhard Wieser
1989; 8°; XV, 104 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21542-3
- Heft 76 **Der Zivilprozeß der Gesellschaft bürgerlichen Rechts**
Von Dr. Robert Heller
1989; 8°; XXXVI, 262 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21543-1

- Heft 77 **Der gewillkürte Parteiwechsel**
Zur Rechtsnachfolge im Zivilprozeß
Von Dr. Udo Heinrich
1990; 8°; XXIII, 171 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21945-3
- Heft 78 **Nebenintervention und Streitverkündung**
Von den römischen Quellen bis zum modernen Zivilprozeßrecht
Von Dr. Peter Wilhelm Schäfer
1990; 8°; XXVI, 154 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21653-5
- Heft 79 **Beratungshilfe**
Eine Untersuchung insbesondere zur Rechtsstellung der
Verfahrensbeteiligten
Von Dr. Heinz Vallender
1990; 8°; XXXVII, 235 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21675-6
- Heft 80 **Die gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung**
Voraussetzungen und Verfahren
Von Dr. Christoph Herz
1990; 8°; XXXII, 195 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21785-X
- Heft 81 **Die Bindung an Gerichtsentscheidungen über präjudizielle
Rechtsverhältnisse**
Dargestellt am Beispiel des § 116 AFG
Von Dr. Rolf L. Jox
1991; 8°; XXIV, 206 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21950-X
- Heft 82 **Beweisprobleme im Wettbewerbsrecht**
Von Dr. Jutta Kemper
1992; 8°; XX, 427 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-21021-4
- Heft 83 **Einstweilige Maßnahmen in der Schiedsgerichtsbarkeit**
Von Dr. Sunju Jeong-Ha
1991; 8°; XI, 184 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22224-1

- Heft 84 **Die subjektiven Grenzen der Prozeßstandschaft**
Ein Beitrag zur Lehre von der Rechtskrafterstreckung infolge
Prozeßführungsbefugnis über ein fremdes Recht
Von Dr. Christian Berger
1992; 8°; XI, 303 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22122-9
- Heft 85 **Vom Parteid zur Parteivernehmung in der Geschichte
des Zivilprozesses**
Von Dr. Andrea Münks
1992; 8°; XVI, 225 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22225-X
- Heft 86 **Die Räumungsvollstreckung gegen Personenmehrheiten**
Von Dr. Bert Honsel
1992; 8°; XIV, 158 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22318-3
- Heft 87 **Beweisinterlokt und Beweisbeschluß im Zivilprozeß**
Von Dr. Hans-Ulrich Engel
1992; 8°; XI, 214 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22123-7
- Heft 88 **Die Rechtskraft der Rentenurteile des § 258 ZPO und ihre
Abänderung nach § 323 ZPO**
Von Dr. Thomas Martin Petzoldt
1992; 8°; IX, 249 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22443-0
- Heft 89 **Die Gerichtspflichtigkeit wegen »doing business«**
Ein Vergleich zwischen dem US-amerikanischen und dem
deutschen Zuständigkeitssystem
Von Dr. Harald Müller
1992; 8°; XVIII, 290 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22442-2
- Heft 90 **Vom Gerichtsschreiber zum Rechtspfleger**
Von Dr. Dietmar Dumke
1993; 8°; XVIII, 223 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22677-8

- Heft 91 **Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen**
Von Dr. Peter Morhard
1993; 8°; X, 152 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22667-0
- Heft 92 **Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensfragen**
Eine Bewährungsprobe für das allgemeine Rechtsinstitut drittschützender Sonderrechtsbeziehungen
Von Dr. Jens Eickmeier
1993; 8°; XIX, 198 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-22701-4
- Heft 93 **Die Verwertbarkeit der Firma im Konkurs**
Von Dr. Matthias Raffel
1995; 8°; XV, 159 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23070-8
- Heft 94 **Die Flucht vor Sanktionen bei verspätetem Vorbringen im Zivilprozeß**
Von Dr. Kathrin Gounalakis
1995; 8°; X, 138 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23128-3
- Heft 95 **Der vollstreckbare Anwaltsvergleich**
Von Dr. Kristin Veese
1996; 8°; XVII, 354 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23141-0
- Heft 96 **Begriff und Grenzfälle der Zwangsvollstreckung**
Von Prof. Dr. Eberhard Wieser
1995; 8°; XII, 111 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23255-7
- Heft 97 **Prozeßrechtsvergleichung**
Zustand, Bedeutung und Eigenheiten einer Rechtsdisziplin im Aufschwung
Von Prof. Dr. Peter Gilles
1996; 8°; VIII, 147 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23346-4

- Heft 98 **Der Widerrufsvergleich im Zivilprozeß**
Von Dr. Oliver Scharpenack
1996; 8°; XII, 133 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23362-6
- Heft 99 **Die Beweislast bei Rechtsgeschäften**
Von Dr. Christian Heinrich
1996; 8°; XII, 290 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23363-4
- Heft 100 **Die Erfüllung in der Zwangsvollstreckung**
Von Dr. Christof Kerwer
1996; 8°; XV, 377 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23412-6
- Heft 101 **Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung**
Von Dr. Inge Scherer
1996; 8°; XI, 99 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23457-6
- Heft 102 **Die Kollision von Prozeßmaximen im Scheidungsverbundverfahren**
Von Dr. Barbara Stichelbrock
1996; 8°; XIV, 234 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23550-5
- Heft 103 **Die Prozeßfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens**
Von Dr. Tsukasa Oda
1997; 8°; XIV, 183 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23566-1
- Heft 104 **Beweislast und Grundgesetz**
Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur zivilprozessualen Beweislast im Haftungsrecht
Von Dr. Sabine Schlemmer-Schulte
1997; 8°; XI, 137 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-23795-8
- Heft 105 **Die ausländische Rechtshängigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht**
Von Dr. Annette Bäumer
1999; 8°; XIV, 221 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-24258-7

- Heft 106 **Einstweiliger Rechtsschutz von Zahlungsansprüchen des
Wirtschaftsverkehrs im spanischen und deutschen Zivilprozeß**
Von Dr. Ludolf Schrader
1999; 8°; XXX, 384 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-24484-9
- Heft 107 **Recht und Realität der privatrechtlichen Streitverfahren
in Wohnungseigentumssachen**
Von Dr. Rainer Algermissen
2000; 8°; XI, 265 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-24604-3
- Heft 108 **Die Verjährungsunterbrechung durch Zustellung eines
Mahnbescheids im Mahnverfahren**
Von Dr. Kathrin Maniak
2000; 8°; XIV, 319 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-24623-X
- Heft 109 **Die Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren**
Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen,
englischen und US-amerikanischen Schiedsrechts
Von Dr. Jörg Geiben
2001; 8°; VIII, 198 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25066-0
- Heft 110 **Neubestimmung der prozessualen Schriftform**
Von Dr. Jörn Heinemann
2002; 8°; LXII, 354 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25149-7
- Heft 111 **Die Anordnung vorläufiger oder sichernder Maßnahmen
durch Schiedsgerichte nach § 1041 ZPO**
Von Dr. Mario Leitzen
2002; 8°; XVIII, 309 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25222-1
- Heft 112 **Feststellung abweichender Versteigerungsbedingungen
gemäß § 59 ZVG**
Von Dr. Barbara Gay
2002; 8°; XVI, 272 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25253-1

- Heft 113 **Die Flucht in die Widerklage zur Umgehung der Verspätungspräklusion**
Von Dr. Theresa Habermann
2003; 8°; XV, 161 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25562-X
- Heft 114 **Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB**
Der Haftungstatbestand und seine Folgen
Von Dr. Christoph Thole
2004; 8°; XVI, 294 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25669-3
- Heft 115 **Rechtsschutz gegen vereins- und verbandsrechtliche Sanktionen**
Von Dr. Jan Janßen
2004; 8°; XIII, 153 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25666-9
- Heft 116 **Zwangsvollstreckung in Wertpapiere**
Von Dr. Susanne Kunst
2004; 8°; XIII, 205 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25667-7
- Heft 117 **Kostenerstattung bei außerprozessualer Verteidigung gegen unberechtigte Rechtsverfolgung**
Von Dr. Thomas Hösl
2004; 8°; XVII, 180 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25563-8
- Heft 118 **Die »neue« materielle Prozeßleitung (§ 139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters**
Von Dr. Gunnar Sticken
2004; 8°; XV, 204 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25785-1
- Heft 119 **Diskriminierungsschutz im Privatrecht?**
Von Dr. Ingo Scholten
2004; 8°; XVI, 273 Seiten; kartoniert
ISBN 3-452-25668-5

Heft 120 **Europäisches Mahnverfahren**

Ein prozesshistorischer, -vergleichender und dogmatischer
Beitrag zur Vergemeinschaftung der

Inkassoverfahrensnormen in der Europäischen Union

Von Dr. Alvaro Pérez-Ragone

2004; 8°; XXV, 539 Seiten; kartoniert

ISBN 3-452-25831-9

Heft 121 **Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht**

Von Dr. Moritz Brinkmann

2005; 8°; XIV, 110 Seiten; kartoniert

ISBN 3-452-26139-5

