

ALEXANDER MORELL

Der Beibringungs-  
grundsatz

*Jus Privatum*

263

---

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 263





Alexander Morell

# Der Beibringungsgrundsatz

Eine Rechtfertigung unter besonderer  
Berücksichtigung der Passivität  
der nicht beweisbelasteten Partei

Mohr Siebeck

*Alexander Morell*, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bonn und der Politikwissenschaften an Sciences Po Paris; 2006 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2010 Promotion zum Dr. iur.; Research Fellow am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn; 2011 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2015 Promotion zum Dr. rer. pol.; Professor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsökonomik an der Universität Frankfurt/Main.  
orcid.org/0000-0001-7227-8018

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft – Projektnummer: 450620214.

ISBN 978-3-16-161246-6 / eISBN 978-3-16-161247-3

DOI 10.1628/978-3-16-161247-3

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Dieses Werk ist seit 07/2023 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Danksagung

Diese Arbeit ist zwischen 2011 und 2019 an der Universität Köln und dem Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern entstanden. Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln hat sie im Sommersemester 2019 als Habilitationsschrift angenommen. Nur einigen der vielen Menschen, die mich während ihrer Entstehung unterstützt haben, kann ich hier danken.

Besonders danke ich Barbara Grunewald, die den ihr zugelaufenen Habilitanden herzlich aufgenommen und ihn auch dann unterstützt hat, als er sich ein Thema vornahm, das etwas abseits ihrer Kerninteressen lag. Ihr und Christoph Engel danke ich für das unschätzbare Geschenk der Freiheit während der Habilitationszeit. Christoph Thole hat die Entstehung der Arbeit wohlwollend kritisch begleitet und schließlich die Übernahme des Zweitgutachtens angeboten. Allen dreien danke ich auch für die ausgesprochen zügige Erstellung der Gutachten. Moritz Brinkmann danke ich für wichtige Gespräche und viele kritische Fragen während der Arbeit an diesem Buch.

Martin Hellwig hat in Gesprächen über den Erkenntniswert des „*zoo of models*“ der Ökonomik mein Interesse an Erkenntnistheorie neu geweckt und mich damit letztlich auf den Weg zu dieser Arbeit gewiesen. Auf die Möglichkeit einer funktionellen Parallele zwischen Anscheinsbeweis und *discovery* hat mich zuerst Holger Spamann aufmerksam gemacht. Hanns Prütting und Christian Katzenmeier haben mich in jeweils einem wichtigen Gespräch ermutigt, diese Arbeit vom Kopf auf die Füße zu stellen. Thomas Grundmann hat seine erkenntnistheoretischen Lehrveranstaltungen für den fachfremden Habilitanden geöffnet und mich kurz vor Abgabe mit einem furchteinflößenden Satz fundamentaler Fragen versehen. Zum Glück war Anna-Maria Asunta Eder bereit, ein beruhigendes Gespräch zur Prüfung der aufgefundenen Antworten mit mir zu führen. Heribert Anzinger hat mir über den Verlag unkompliziert Zugang zu seiner hervorragenden, aber leider vergriffenen Promotionsschrift verschafft. Mark Schweizer und Reinhold Becker haben die Arbeit ganz gelesen und sie dem Test eines Gleichgesinnten bzw. eines Praktikers unterzogen. Nach Berücksichtigung ihrer Ermunterungen und Vorbehalte hoffe ich, die Argumentationsführung spricht nun beide durch sie repräsentierten Gruppen an. Gregor Albers, Jens Frankenreiter, Leo Hoeft, Veronika Morell und Wolfgang Will haben mir mit ihren vielen aufmerksamen Anmerkungen zu je Teilen der Ar-

beit geholfen, den Text zu glätten und die Argumentation zu schärfen und an einigen Stellen zu korrigieren. Ihnen allen danke ich herzlich. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich für die Übernahme der Druck- und Verlagskosten.

Manchmal braucht man Ermutigung, die nicht in erster Linie fachlicher Natur ist. Susann Fiedler schulde ich hier besonderen Dank. Auch Andreas Engert, Hans-Peter Haferkamp, Barbara Dauner-Lieb, Matthias Schmoeckel und Daniel Zimmer haben – manchmal ganz beiläufig – richtige Worte zur rechten Zeit gefunden. Den Kollegen am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern danke ich dafür, dass sie diesen Ort zu einem so inspirierenden machen.

Sebastian und Miriam danke ich für jede Menge Ablenkung von der Wissenschaft. Von wenigen habe ich so viel gelernt wie von ihnen! Und obwohl Christina dieses Buch manchmal und zu Recht verflucht hat, wäre es ohne sie wahrscheinlich nicht entstanden. Für ihre Geduld, für ihre Unterstützung und für ihre Bereitschaft, meine Einfälle – oft gleich in der Situation ihrer Entstehung – einer ersten Prüfung zu unterziehen, kann ich mich nicht genug bedanken.

Köln, 23.12.2021

Alexander Morell

# Inhaltsübersicht

Danksagung .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	XI
§ 1 Einleitung .....	1
§ 2 Der Beibringungsgrundsatz und die Bedeutung seiner Rechtfertigung .....	5
I. Der Beibringungsgrundsatz .....	6
II. Die Sachverhaltsaufklärung als Bedingung funktionaler Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes .....	12
III. Der funktionale Aspekt der wertgeleiteten Rechtfertigung .....	13
IV. Eine real aufklärende Wirkung des Beibringungsgrundsatzes? .....	34
§ 3 Die materielle Wahrheit als Aufklärungsziel .....	39
I. Die formelle und die materielle, absolute Wahrheit .....	40
II. Mit Hilfe des relativen Überzeugungsbegriffs für den absoluten Wahrheitsbegriff .....	41
III. Zwischenergebnis .....	63
§ 4 Die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten: Beweiswürdigung als Updating .....	65
I. Die Wahl des Modells der Überzeugungsbildung: „A logic of partial belief“ .....	66
II. Die Axiome der Wahrscheinlichkeit .....	74
III. Bedingte Wahrscheinlichkeiten .....	81
IV. Die Darstellung des Updatings anhand von Baumdiagrammen ....	87
V. Subjektive Wahrscheinlichkeit, Rationalität und Wetten .....	91
VI. Ergebnis .....	99



VII.	<i>Annex zu § 4: Dutch-Book-Argumente für Inkohärenz von Überzeugungen, die gegen die Wahrscheinlichkeitsaxiome verstoßen</i> .....	100
§ 5	Der Modellrichter muss seine Anfangswahrscheinlichkeiten begründen – wenn er kann .....	103
I.	<i>Der Bezug der Wahrscheinlichkeitsaxiome zur Realität</i> .....	104
II.	<i>Erfahrungssätzen und der Zugang zur Realität</i> .....	111
III.	<i>Häufigkeiten als Orientierung</i> .....	112
IV.	<i>Die Straight Rule anstelle des Principal Principles</i> .....	118
V.	<i>Erfolgreiche Methoden als Vehikel der Straight Rule</i> .....	133
VI.	<i>Das Indifferenzprinzips als Heuristik</i> .....	139
VII.	<i>Ergebnis zur Begründung von Anfangswahrscheinlichkeiten</i> .....	140
§ 6	Die Beibringung von Beweismitteln als strategische Interaktion .....	143
I.	<i>Rationalität als grundlegende Annahmen der Spieltheorie</i> .....	144
II.	<i>Die Sachverhaltsermittlung als strategisches Spiel</i> .....	160
III.	<i>Das perfekt bayesianische Gleichgewicht</i> .....	171
IV.	<i>Zusammenfassung</i> .....	176
§ 7	Die Mechanismen des Beibringungsgrundsatzes .....	179
I.	<i>Die Funktionsweise des Beibringungsgrundsatzes bei beidseitigem Beweismittelzugriff</i> .....	180
II.	<i>Die Aufklärungshindernisse durch fehlenden Zugriff einer Partei auf verifizierbarer Information</i> .....	184
III.	<i>Der Zugriff nur der beweisbelasteten Partei: Schließen aus der Beweislast</i> .....	185
IV.	<i>Der Zugriff nur der nicht beweisbelasteten Partei: Grossman'sches Schließen</i> .....	189
V.	<i>Komplikationen in der Kommunikation mit dem Gericht</i> .....	202
VI.	<i>Ergebnis</i> .....	221

§ 8	Die rechtliche Zulässigkeit des strategischen Skeptizismus . . . . .	223
I.	<i>Grossman'sches Schließen ist keine Beweislastumkehr</i> . . . . .	224
II.	<i>Grossman'sches Schließen ist keine vorweggenommene Beweiswürdigung</i> . . . . .	224
III.	<i>Der strategische Skeptizismus dupliziert weder das Institut der Beweisvereitelung noch hängt er von dessen Voraussetzungen ab</i> . . .	225
IV.	<i>Die etablierten Informationsrechte werden nicht obsolet</i> . . . . .	237
V.	<i>Nemo tenetur gilt im Zivilprozess nicht</i> . . . . .	242
VI.	<i>Die Anwendung des strategischen Skeptizismus ist keine Amtsermittlung</i> . . . . .	244
VII.	<i>Ergebnis: Sowohl der Vereinigungsmechanismus als auch der strategische Skeptizismus sind integrale Bestandteile des Beibringungsgrundsatzes</i> . . . . .	246
§ 9	Die Ausgestaltung des zulässigen Schlusses aus Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei . . . . .	249
I.	<i>Die Voraussetzungen des Grossman'schen Schließens</i> . . . . .	249
II.	<i>Schließen aus Schweigen ist dem Richter geboten</i> . . . . .	258
III.	<i>Die Revisibilität der Anwendung des strategischen Skeptizismus</i> . . . . .	259
IV.	<i>Ergebnis</i> . . . . .	278
§ 10	Dogmatische Einordnung . . . . .	279
I.	<i>Eines Aufklärungsanspruchs bedarf es nicht</i> . . . . .	280
II.	<i>Aufklärungswirksamkeit durch Erweiterung der Menge zulässiger Beweisangebote und Wechselwirkung mit Dokumentationspflichten</i> . .	286
III.	<i>Einschätzung von Kosten und Wirksamkeit des Grossman'schen Schließens im Vergleich zur discovery</i> . . . . .	289
IV.	<i>Der Schutz von Geheimnissen</i> . . . . .	308
V.	<i>Anscheinsbeweise zur vollen Überzeugung des Gerichts mit einfachen Erfahrungssätzen</i> . . . . .	314
VI.	<i>Die Reduktion der Beweisaufnahmen</i> . . . . .	320
VII.	<i>Ergebnis</i> . . . . .	321

§ 11	Ergebnis: Das „Informationsproblem“ wird überschätzt und der Beibringungsgrundsatz funktioniert .....	323
§ 12	Zusammenfassung .....	325
I.	<i>Der Beibringungsgrundsatz ist gerechtfertigt, soweit er wirksam aufklärt, so dass fehlende Aufklärung, wie sie die Literatur behauptet, ihn grundsätzlich in Frage stellt (§ 2) .....</i>	325
II.	<i>Das Aufklärungsziel des Zivilprozesses ist die materielle und nicht eine „prozessuale“ formelle Wahrheit (§ 3) .....</i>	326
III.	<i>Zur Analyse der Wirksamkeit des Beibringungsgrundsatzes braucht es Wahrscheinlichkeits- und Spieltheorie (§ 4–§ 6) .....</i>	326
IV.	<i>Die zwei Mechanismen des Beibringungsgrundsatzes sind der Vereinigungsmechanismus und Grossman’sches Schließen (§ 7) .....</i>	327
V.	<i>Grossman’sches Schließen ist dem Richter erlaubt und geboten (§ 8) .....</i>	328
VI.	<i>Der Richter hat Grossman’sches Schließen subsidiär anzuwenden, wenn substantiiert vorgetragen ist und die nichtbeweisbelastete allein beweisfähige Partei Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel hat (§ 9) .....</i>	328
VII.	<i>Das Grossman’sches Schließen vermeidet die Informationslücke, ermöglicht Beweise über die Verfügbarkeit von Beweismitteln, ist günstig und ermöglicht Anscheinsbeweise mit einfachen Erfahrungssätzen (§ 10) .....</i>	329
VIII.	<i>Ergebnis: Der Beibringungsgrundsatz ist durch Grossman’sches Schließen ein sehr wirksames Aufklärungsinstrument und damit gerechtfertigt (§ 11) .....</i>	331
	Literaturverzeichnis .....	333
	Sachverzeichnis .....	345

# Inhaltsverzeichnis

Danksagung .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
§ 1 Einleitung .....	1
§ 2 Der Beibringungsgrundsatz und die Bedeutung seiner Rechtfertigung .....	5
<i>I. Der Beibringungsgrundsatz .....</i>	6
1. Die Unterscheidung von Beibringungs- und Dispositionsmaxime	8
2. Die Rechtsgrundlage des Beibringungsgrundsatzes .....	9
3. Die Wirkung des Beibringungsgrundsatzes .....	10
4. Die Rechtfertigungen des Beibringungsgrundsatzes .....	11
<i>II. Die Sachverhaltsaufklärung als Bedingung funktionaler Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes .....</i>	12
<i>III. Der funktionale Aspekt der wertgeleiteten Rechtfertigung .....</i>	13
1. Die Stoßrichtung der wertgeleiteten Rechtfertigung: Verankerung im Grundgesetz .....	14
2. Privatautonomie braucht Infrastruktur .....	19
a) Verfügungsfreiheit .....	23
b) Vertragsfreiheit .....	24
c) Zusammenfassung .....	26
3. Der Justizgewähranspruch und der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz .....	27
4. Der legitime Steuerungsanspruch des Gesetzgebers .....	30
5. Zusammenfassung .....	34
<i>IV. Eine real aufklärende Wirkung des Beibringungsgrundsatzes? .....</i>	34
§ 3 Die materielle Wahrheit als Aufklärungsziel .....	39
<i>I. Die formelle und die materielle, absolute Wahrheit .....</i>	40

II.	<i>Mit Hilfe des relativen Überzeugungsbegriffs für den absoluten Wahrheitsbegriff</i> .....	41
1.	Richter müssen Realisten sein .....	41
2.	Wahrheit als absolutes Konzept .....	43
3.	Die Überflüssigkeit und Schädlichkeit des formellen Wahrheitsbegriffs .....	45
a)	Die absolute Wahrheit als Gegenstand der relativen Überzeugung .....	45
b)	Exkurs: Der Gegenstand der Überzeugung ist nicht Wahrscheinlichkeit .....	47
c)	Die Relativität des Überzeugungsbegriffs .....	48
aa)	Grade von Überzeugungen .....	49
bb)	Pragmatische Ansätze zur Messung von Überzeugungsgraden .....	50
cc)	Epistemische Ansätze zur Messung von Überzeugungsgraden .....	54
dd)	Zwischenergebnis: Überzeugungen sind relativ .....	56
d)	Die Relativierung der Sachverhaltsfeststellung durch den Überzeugungsbegriff .....	57
aa)	Die Abwägbarkeit der Überzeugungsbildung .....	57
bb)	Die Bemessung von Einschränkungen der Wahrheitserkenntnis .....	59
cc)	Zwischenergebnis: Güterabwägung durch relativierende Überzeugung .....	61
4.	Zwischenergebnis: Ein genuin zivilprozessualer Wahrheitsbegriff ist überflüssig .....	62
III.	<i>Zwischenergebnis</i> .....	63
§ 4	Die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten: Beweiswürdigung als Updating .....	65
I.	<i>Die Wahl des Modells der Überzeugungsbildung: „A logic of partial belief“</i> .....	66
1.	Die Erforderlichkeit eines Modells .....	67
2.	Der rationale Richter als eine normative Idealisierung .....	68
3.	Die Rolle von Logik im Modell der Überzeugungsbildung .....	70
4.	Die induktive Qualität des Modells .....	71
5.	Die Wahrscheinlichkeit als Maß der induktiven Stärke eines Arguments .....	72
6.	Zwischenergebnis und Vorbehalt .....	73
II.	<i>Die Axiome der Wahrscheinlichkeit</i> .....	74
III.	<i>Bedingte Wahrscheinlichkeiten</i> .....	81

1. Die Definition bedingter Wahrscheinlichkeiten . . . . .	82
2. Die Quotientenregel . . . . .	83
3. Die Produktregel . . . . .	85
4. Bayes' Regel . . . . .	85
IV. <i>Die Darstellung des Updatings anhand von Baumdiagrammen</i> . . . .	87
1. Die Konstruktion von Baumdiagrammen . . . . .	87
2. Das bayesianische Updating anhand von Baumdiagrammen . . . .	88
V. <i>Subjektive Wahrscheinlichkeit, Rationalität und Wetten</i> . . . . .	91
1. Die Verknüpfung der Axiome mit dem Subjekt . . . . .	92
2. Die Pragmatischen Rechtfertigungen des Rationalitätsanspruchs	92
3. Epistemische Rechtfertigungen . . . . .	95
VI. <i>Ergebnis</i> . . . . .	99
VII. <i>Annex zu § 4: Dutch-Book-Argumente für Inkohärenz von Überzeugungen, die gegen die Wahrscheinlichkeitsaxiome verstoßen</i> . . . . .	100
§ 5 <i>Der Modellrichter muss seine Anfangswahrscheinlichkeiten begründen – wenn er kann</i> . . . . .	103
I. <i>Der Bezug der Wahrscheinlichkeitsaxiome zur Realität</i> . . . . .	104
1. Kohärenz . . . . .	104
2. Konvergenz . . . . .	105
3. Der Richter kann sich auf Konvergenz nicht verlassen . . . . .	106
4. Keine logische Wahrscheinlichkeit mangels logischem Indifferenzprinzip . . . . .	107
5. Wahrscheinlichkeiten gewähren keine sichere Verbindung zur Realität . . . . .	110
II. <i>Erfahrungssätzen und der Zugang zur Realität</i> . . . . .	111
III. <i>Häufigkeiten als Orientierung</i> . . . . .	112
1. Objektive Wahrscheinlichkeiten . . . . .	112
2. Das Principal Principle . . . . .	114
IV. <i>Die Straight Rule anstelle des Principal Principles</i> . . . . .	118
1. Die Identifikation von Häufigkeiten und Erfahrungssätzen in der juristischen Literatur . . . . .	119
2. Die Schätzung der objektiven Wahrscheinlichkeit . . . . .	122
3. Das Referenzklassenproblem . . . . .	123
a) Die größte relevante Referenzklasse . . . . .	125
b) Die engste Referenzklasse . . . . .	125
c) Die größte homogene Referenzklasse . . . . .	127

4.	Die Gewinnung juristischer Erfahrungssätze mit der Straight Rule am Beispiel des Anscheinsbeweises der Infektion durch Bluttransfusion .....	128
V.	<i>Erfolgreiche Methoden als Vehikel der Straight Rule</i> .....	133
VI.	<i>Das Indifferenzprinzips als Heuristik</i> .....	139
VII.	<i>Ergebnis zur Begründung von Anfangswahrscheinlichkeiten</i> .....	140
§ 6	Die Beibringung von Beweismitteln als strategische Interaktion .....	143
I.	<i>Rationalität als grundlegende Annahmen der Spieltheorie</i> .....	144
1.	Die Analyse von Tendenzen und die Vorhersage im Aggregat ...	146
2.	Überzeugungen und Bedürfnisse können Ursachen sein .....	150
3.	Was ist ein Modell? .....	156
4.	Zusammenfassung .....	160
II.	<i>Die Sachverhaltsermittlung als strategisches Spiel</i> .....	160
1.	Die Definition des Spiels .....	160
2.	Spiele in Normalform: Der Zivilprozess als Contest .....	161
3.	Spiele in Extensivform: Der Zivilprozess als Contest .....	163
4.	Die Einflussfaktoren der unproduktiven Investitionen in den Prozess .....	165
5.	Appendix: Die Herleitung des Nash-Gleichgewichts im Tullock-Contest .....	168
III.	<i>Das perfekt bayesianische Gleichgewicht</i> .....	171
1.	Ein Beispiel: Der Beweis als signaling .....	172
2.	Keine Lösung durch Rückwärtsinduktion .....	174
3.	Bestimmung des perfekt bayesianischen Gleichgewichts .....	174
IV.	<i>Zusammenfassung</i> .....	176
§ 7	Die Mechanismen des Beibringungsgrundsatzes .....	179
I.	<i>Die Funktionsweise des Beibringungsgrundsatzes bei beidseitigem Beweismittelzugriff</i> .....	180
II.	<i>Die Aufklärungshindernisse durch fehlenden Zugriff einer Partei auf verifizierbarer Information</i> .....	184
III.	<i>Der Zugriff nur der beweisbelasteten Partei: Schließen aus der Beweislast</i> .....	185
1.	Der Begriff der Beweislast .....	185
a)	Die Beweislast .....	186

b) Die Subjektive Beweislast (Beweisführungslast) . . . . .	187
2. Die Beweislast kann Überzeugung stiften . . . . .	188
IV. <i>Der Zugriff nur der nicht beweisbelasteten Partei:</i>	
<i>Grossman'sches Schließen</i> . . . . .	189
1. Grossman'sches Schließen . . . . .	189
2. Die Selbstrechtfertigung der Überzeugung des Richters: Interpretation des Gleichgewichtskonzepts . . . . .	191
3. Die konkrete Rechtfertigung der Rationalitätsannahme im Kontext des Beweisverfahrens . . . . .	194
a) Das Zutreffen der Vorhersage durch das Rationalmodell im Aggregat . . . . .	195
aa) Vorrangig relevante, nicht rationale Verhaltenstendenzen	195
bb) Eine hohe Varianz des Verhaltens eher nicht zu erwarten	198
b) Keine normativen Gründe gegen die Anwendung des Rationalmodells . . . . .	199
c) Die Anwendung des Rationalmodells im Kontext Grossman'schen Schließens ist gerechtfertigt . . . . .	201
4. Zwischenergebnis . . . . .	201
V. <i>Komplikationen in der Kommunikation mit dem Gericht</i> . . . . .	202
1. Komplikationen in der Anwendung der Vereinigungsmethode . . . . .	203
a) Die Beschränkung der Menge an kommunizierbarer Information . . . . .	204
b) Keine Vereinigung der behaupteten Fakten bei zu hohen Vorlagekosten . . . . .	205
c) Die Kosten der Beweismittelproduktion . . . . .	206
d) Zwischenergebnis . . . . .	207
2. Komplikationen in der Anwendung des strategischen Skeptizismus . . . . .	207
a) Die Kosten der Informationssuche . . . . .	208
b) Die Informationsweitergabe zu fixen Kosten . . . . .	209
c) Die Informationsweitergabe zu variablen Kosten . . . . .	209
d) Das Problem des poolings . . . . .	211
e) Zwischenergebnis . . . . .	217
3. Die Möglichkeit zu lügen . . . . .	217
VI. <i>Ergebnis</i> . . . . .	221
§ 8 Die rechtliche Zulässigkeit des strategischen Skeptizismus . . . . .	223
I. <i>Grossman'sches Schließen ist keine Beweislastumkehr</i> . . . . .	224
II. <i>Grossman'sches Schließen ist keine vorweggenommene Beweiswürdigung</i> . . . . .	224



III.	<i>Der strategische Skeptizismus dupliziert weder das Institut der Beweisvereitelung noch hängt er von dessen Voraussetzungen ab</i> . . .	225
1.	Das Institut der Beweisvereitelung . . . . .	226
2.	Die Abgrenzung von Beweisvereitelung und Anwendung des strategischen Skeptizismus . . . . .	230
3.	Ergebnis: Die Anwendung des strategischen Skeptizismus steht nicht unter den Voraussetzungen der Beweisvereitelung . . .	235
IV.	<i>Die etablierten Informationsrechte werden nicht obsolet</i> . . . . .	237
1.	Die sekundäre Darlegungslast . . . . .	237
2.	Materielle Auskunftsansprüche . . . . .	238
3.	Die Bedeutung der §§ 142, 144 ZPO . . . . .	240
4.	Ergebnis . . . . .	242
V.	<i>Nemo tenetur gilt im Zivilprozess nicht</i> . . . . .	242
VI.	<i>Die Anwendung des strategischen Skeptizismus ist keine Amtsermittlung</i> . . . . .	244
VII.	<i>Ergebnis: Sowohl der Vereinigungsmechanismus als auch der strategische Skeptizismus sind integrale Bestandteile des Beibringungsgrundsatzes</i> . . . . .	246
§ 9	Die Ausgestaltung des zulässigen Schlusses aus Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei . . . . .	249
I.	<i>Die Voraussetzungen des Grossman'schen Schließens</i> . . . . .	249
1.	Subsidiarität . . . . .	250
a)	Die Wirkung der Voraussetzung fehlenden Einflusses auf die Beweislosigkeit, wenn beide Parteien im Ausgangspunkt beweisen können . . . . .	251
b)	Die Wirkung der Voraussetzung fehlenden Einflusses auf die Beweislosigkeit, wenn eine Partei im Ausgangspunkt nicht beweisen kann . . . . .	252
c)	Fehlender Einfluss ist fehlendes Mitverschulden an der Beweislosigkeit . . . . .	254
d)	Voraussetzung fehlenden Einflusses bedeutet praktisch Anwendung nur in Fällen typischer Beweislosigkeit der beweisbelasteten Partei . . . . .	254
e)	Ergebnis . . . . .	255
2.	Die Beweismöglichkeit des Gegners . . . . .	255
3.	Substantiiertes Vortrag . . . . .	256
4.	Ergebnis: Die drei Voraussetzungen Grossman'schen Schließens	257
II.	<i>Schließen aus Schweigen ist dem Richter geboten</i> . . . . .	258

III.	<i>Die Revisibilität der Anwendung des strategischen Skeptizismus . . . .</i>	259
	1. Die Prüfung der Beweiswürdigung in der Revision . . . . .	260
	2. Die Revisibilität der Wahl der skeptischen Haltung . . . . .	261
	3. Die Revisibilität der Folgerung aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei . . . . .	262
	a) Der Anscheinsbeweis . . . . .	263
	aa) Keine Beweisnot . . . . .	267
	bb) Die „Irgendwie-Feststellung“ ist kein Charakteristikum des Anscheinsbeweises . . . . .	267
	cc) Die einzige Voraussetzung: Ein anerkannter Erfahrungssatz . . . . .	268
	dd) Zwischenergebnis . . . . .	269
	b) Besondere Revisionsregeln für den Anscheinsbeweis? . . . . .	270
	aa) Die Revisibilität von Erfahrungssätzen . . . . .	270
	bb) Die Sonderstellung von starken Erfahrungssätzen in der Revision . . . . .	273
	c) Ergebnis: Der Anscheinsbeweis als bloße Beweisführungsform ohne besondere Rechtsfolgen . . . . .	276
	4. Die Revisibilität des Schlusses aus Schweigen . . . . .	276
IV.	<i>Ergebnis . . . . .</i>	278
§ 10	<i>Dogmatische Einordnung . . . . .</i>	279
I.	<i>Eines Aufklärungsanspruchs bedarf es nicht . . . . .</i>	280
	1. Kein Informationsproblem im deutschen Zivilprozess . . . . .	280
	2. Die Unterschiede zu Stürners Aufklärungsanspruch . . . . .	282
II.	<i>Aufklärungswirksamkeit durch Erweiterung der Menge zulässiger Beweisanträge und Wechselwirkung mit Dokumentationspflichten . .</i>	286
	1. Der Beweis über die Verfügbarkeit von Beweismitteln . . . . .	286
	2. Die Wechselwirkung zu Dokumentationspflichten . . . . .	288
III.	<i>Einschätzung von Kosten und Wirksamkeit des Grossman'schen Schließens im Vergleich zur discovery . . . . .</i>	289
	1. Mehr Information durch discovery . . . . .	290
	a) Das Beispiel der VW-Verfahren . . . . .	291
	aa) Das Beweisproblem der ersten Welle . . . . .	291
	bb) Die Lösung der Rechtsprechung . . . . .	292
	cc) Wie weit trägt Grossman'sches Schließen? . . . . .	297
	dd) Die Erklärung der Vermischung von Darlegungs- und Beweisebene durch die Rechtsprechung . . . . .	300
	ee) Das Beweisproblem der zweiten Welle . . . . .	300
	ff) Der kollektive Aspekt des Grossman'schen Schließens . . .	303

b) Warum pretrial discovery weiter reicht als Grossman'sches Schließen . . . . .	305
2. Die hohen Kosten der discovery . . . . .	306
a) Der Konkretisierungsgrad der Beweisfrage . . . . .	306
b) Die Subsidiarität von Grossman'schem Schließen . . . . .	307
3. Ergebnis . . . . .	308
IV. <i>Der Schutz von Geheimnissen</i> . . . . .	308
1. Der Ausforschungsbeweis . . . . .	309
2. Der eingebaute Schutz von Geheimnissen und vor missbräuchlichen Klagen in Grossman'schem Schließen . . . . .	310
V. <i>Anscheinsbeweise zur vollen Überzeugung des Gerichts mit einfachen Erfahrungssätzen</i> . . . . .	314
1. Die Konstruktion . . . . .	315
2. Die Bedeutung für die Dogmatik des Anscheinsbeweises . . . . .	317
a) Die doppelte Möglichkeit der Erschütterung . . . . .	318
b) Scheinbar weitere Revisibilität durch Grossman'sches Schließen . . . . .	318
VI. <i>Die Reduktion der Beweisaufnahmen</i> . . . . .	320
VII. <i>Ergebnis</i> . . . . .	321
§ 11 <i>Ergebnis: Das „Informationsproblem“ wird überschätzt und der Beibringungsgrundsatz funktioniert</i> . . . . .	323
§ 12 <i>Zusammenfassung</i> . . . . .	325
I. <i>Der Beibringungsgrundsatz ist gerechtfertigt, soweit er wirksam aufklärt, so dass fehlende Aufklärung, wie sie die Literatur behauptet, ihn grundsätzlich in Frage stellt (§ 2)</i> . . . . .	325
II. <i>Das Aufklärungsziel des Zivilprozesses ist die materielle und nicht eine „prozessuale“ formelle Wahrheit (§ 3)</i> . . . . .	326
III. <i>Zur Analyse der Wirksamkeit des Beibringungsgrundsatzes braucht es Wahrscheinlichkeits- und Spieltheorie (§ 4–§ 6)</i> . . . . .	326
IV. <i>Die zwei Mechanismen des Beibringungsgrundsatzes sind der Vereinigungsmechanismus und Grossman'sches Schließen (§ 7)</i> . . . . .	327
V. <i>Grossman'sches Schließen ist dem Richter erlaubt und geboten (§ 8)</i> . . . . .	328
VI. <i>Der Richter hat Grossman'sches Schließen subsidiär anzuwenden, wenn substantiiert vorgetragen ist und die nichtbeweisbelastete allein beweisfähige Partei Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel hat (§ 9)</i> . . . . .	328

VII. <i>Das Grossman'sches Schließen vermeidet die Informationslücke, ermöglicht Beweise über die Verfügbarkeit von Beweismitteln, ist günstig und ermöglicht Anscheinsbeweise mit einfachen Erfahrungssätzen (§ 10)</i> .....	329
VIII. <i>Ergebnis: Der Beibringungsgrundsatz ist durch Grossman'sches Schließen ein sehr wirksames Aufklärungsinstrument und damit gerechtfertigt (§ 11)</i> .....	331
Literaturverzeichnis .....	333
Sachverzeichnis .....	345



## § 1 Einleitung

Nach herrschender Meinung untersteht das Erkenntnisverfahren im Zivilprozess dem Beibringungsgrundsatz. Nach ihm ist es Sache der Parteien, den Tatsachenstoff vorzutragen und Beweismittel anzubieten, soweit Tatsachen streitig sind. Der Beibringungsgrundsatz ist das zentrale Leitprinzip des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens und macht vielleicht den gewichtigsten Unterschied zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren auf der einen und dem Zivilprozess auf der anderen Seite aus.

Der Beibringungsgrundsatz wirkt vor allem auslegungsleitend und normkonkretisierend auf das Zivilprozessrecht ein. Sein genauer Inhalt ist allerdings ebenso ungewiss wie sein Gewicht im Vergleich zu anderen Wertungen. Das macht ihn selbst konkretisierungsbedürftig. Für seine Konkretisierung spielen naturgemäß teleologische Argumente eine entscheidende Rolle, welche die Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes in den Fokus rücken. Über diese Rechtfertigung besteht weitgehende Einigkeit. Der Beibringungsgrundsatz ist sowohl funktional als wirksames Mittel der Sachverhaltsaufklärung gerechtfertigt als auch wertgeleitet durch eine Fortwirkung der Privatautonomie im Zivilprozess.

Während es offensichtlich ist, dass die funktionale Rechtfertigung nur so weit trägt, wie der Beibringungsgrundsatz wirklich ein wirksames Instrument zur Sachverhaltsfeststellung darstellt, erhellt erst eine gründliche Analyse der wertgeleiteten Rechtfertigung, dass auch ihr die Grundlage entzogen wird, wenn der Beibringungsgrundsatz nicht tatsächlich wirksame Sachverhaltsaufklärung bewirkt. Zugleich herrscht im deutschen Zivilprozessrechtsdiskurs Einigkeit darüber, dass der Beibringungsgrundsatz Fälle, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf Beweismittel hat, nicht aufklärt. Das gibt Anlass zu grundlegenden Bedenken gegen den Beibringungsgrundsatz als Grundprinzip des Zivilprozesses. Daher stellt diese Arbeit die Frage, ob der Beibringungsgrundsatz besagte Fälle wirklich nicht aufklären kann. § 2 arbeitet die Herleitung dieser Frage aus. § 3 begründet, dass dabei „Aufklärung“ bedeutet, dass der Richter sich eine starke Überzeugung von der materiellen Wahrheit bildet.

Das vorliegende Buch soll die Überprüfung der Wirksamkeit des Beibringungsgrundsatzes leisten. Diese Überprüfung ist notwendig, um entweder zu zeigen, dass die Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes diesen verlässlich im Zivilprozessrecht verankert und die Konkretisierung des Beibringungs-

grundsatzes wirksam leiten kann, oder um tiefgreifenden Reformbedarf zu belegen. Zur Durchführung dieser Überprüfung ist methodisches Werkzeug erforderlich, das die § 4, § 5 und § 6 einführen. § 4 und § 5 legen die Grundlagen für ein Modell richterlicher Überzeugungsbildung und § 6 öffnet den Blick für die Analyse strategischen Verhaltens der Parteien, aber auch des Richters. § 4 führt zunächst den subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff als Modell einer rationalen richterlichen Überzeugungsbildung ein. § 5 lotet dann aus, inwieweit diese Überzeugungen in Korrespondenz mit der Realität zu bringen sind, indem es fragt, wie Anfangswahrscheinlichkeiten rational begründbar sind. Mit Hilfe der in § 4 und § 5 eingeführten Methoden kann in einer ersten beispielhaften Anwendung des Modells rationaler Beweiswürdigung begründet werden, dass der Anscheinsbeweis im Schulbeispiel des ersten Lues-Falls einen normalen Anscheinsbeweis darstellt (vgl. § 5 IV.4.), obwohl die Literatur zumeist meint, er sei ein unzulässiger „Individualanscheinsbeweis“ ohne Erfahrungssatz. § 6 führt schließlich als letztes der drei Methodenkapitel die Spieltheorie als wichtigstes Analyseinstrument der vorliegenden Arbeit ein und stellt vor, wie das Erkenntnisverfahren als strategische Interaktion zwischen den Parteien und dem Richter modelliert werden kann. Aus ihm ergeben sich neben der Methodenvorstellung zwei für den weiteren Gedankengang der Arbeit wichtige Einsichten. Erstens ist die Beweisführung eine Form des *signalings*: Der Richter schließt letztlich aus dem Umstand, dass wahrheitsgemäßer Beweis günstiger ist als wahrheitswidriger. Das bedeutet, der Richter muss sich bei der Beweiswürdigung notwendig eine Vorstellung von den Beweiskosten der Parteien machen. Zweitens lässt sich der Prozess als Contest beschreiben: Eine Form der strategischen Interaktion zwischen den Parteien, die sie zu überhöhten Investitionen in den Prozess anreizt. Diese Anreize können abgemildert werden, indem das Prozessrecht Regeln aufstellt, die typischerweise einseitig zum Vorteil der Partei wirken, die sich im Recht befindet. Der Nemo-tenetur-Grundsatz stellt dagegen eine Regel dar, die typischerweise zu Gunsten der Partei im Unrecht wirkt. § 7 erklärt dann mit Hilfe der in den drei Methodenkapiteln eingeführten Werkzeuge das zentrale Argument dieser Arbeit: Der Beibringungsgrundsatz umfasst nicht bloß einen, sondern zwei Mechanismen der Informationserhebung, die beide auf dem Antagonismus der Parteiinteressen beruhen. Neben dem hier sogenannten Vereinigungsmechanismus, nach dem der Richter die Vereinigungsmenge der – gegebenenfalls bewiesenen – Behauptungen der Parteien als Sachverhalt zu Grunde legt, wirkt im Zivilprozess auch das sogenannte Grossman'sche Unraveling oder Grossman'sche Schließen. Dieses ermöglicht es dem Richter unter bestimmten Bedingungen, aus dem Schweigen der nicht beweibelasteten Partei – bzw. genauer aus der Nichtvorlage von Beweismitteln durch sie – zutreffend auf den Sachverhalt zu schließen. Weil dieser zweite Mechanismus im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes wirksam und seine Nutzung, wie § 8 klärt, zulässig ist, besteht im deutschen Zivilpro-

zess entgegen dem Konsens im deutschen zivilprozessrechtlichen Diskurs kein Informationsproblem. Der Beibringungsgrundsatz gewährleistet tatsächlich wirksame Aufklärung in praktisch allen prinzipiell aufklärbaren prozessualen Konstellationen. § 9 widmet sich der rechtlichen Ausgestaltung des bisher in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur weitgehend übersehenen Grossman'schen Schließens. Die Grenzen seiner Zulässigkeit werden ebenso geklärt wie die Pflicht des Richters, diesen Mechanismus bei Vorliegen seiner Voraussetzungen anzuwenden. Auch die Reichweite der Revisibilität dieses Vorgehens wird ausgelotet. § 10 ordnet das Grossman'sche Schließen schließlich in das System des Zivilprozesses ein. Es belegt, dass künftig Beweisanträge über den Zugriff der Parteien auf Beweismittel öfter zulässig sein werden und dass Grossman'sches Schließen Dokumentationspflichten eine erhebliche Wirkung im Erkenntnisverfahren verleiht. Es grenzt dann Grossman'sches Schließen genauer vom Vorschlag eines Aufklärungsanspruchs und von der amerikanischen *pretrial discovery* ab. Dabei ergibt sich auch, dass Grossman'sches Schließen in den Schadensersatzklagen von Autokäufern gegen VW zugleich auf einem soliden dogmatischen Fundament steht und mehr erreichen kann als der von der deutschen Justiz beschrittene Weg über eine sekundäre Darlegungslast von VW. Die Wirksamkeit des Grossman'schen Schließens lenkt den Blick auf den angemessenen Geheimnisschutz, den Grossman'sches Schließen ebenfalls leistet. Eine vollständig übersehene und gravierende Wirkung hat Grossman'sches Schließen auf den Anscheinsbeweis: Es verleiht Anscheinsbeweise, die auf nur einfachen Erfahrungssätzen beruhen, die allein das Beweismaß nicht überwinden könnten, die Kraft, die volle Überzeugung des Gerichts zu begründen. Diese Einsicht lässt die Diskussion darüber, ob der Anscheinsbeweis notwendig das Beweismaß absenkt in einem neuen Licht erscheinen, und wirft neue Fragen bezüglich der Revisibilität von Erfahrungssätzen auf. Schließlich wird noch knapp auf das prozessvereinfachende Potential von Grossman'schem Schließen in gebündelten Verfahren hingewiesen. § 11 schließt die Arbeit mit der Beantwortung der bearbeiteten Frage ab. § 12 fasst den Gedankengang der Arbeit zusammen.

Klarzustellen ist gleich zu Beginn: Diese Arbeit beschäftigt sich nur mit der Beweisdimension. Die zweite Dimension der Sachverhaltsfeststellung, die der Darlegung, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Das liegt daran, dass Situationen, in denen die darlegungsbelastete Partei mangels Information nicht darlegen kann, weitgehend durch die sekundäre Darlegungslast und die ohnehin sehr großzügigen Anforderungen der Rechtsprechung an die Detailliertheit der Darlegung gelöst sind. Das verbleibende Problem des deutschen Zivilprozesses liegt in der Beweisdimension. Selbst wenn die sekundäre Darlegungslast der uninformierten Partei zur Substantiierung ihres Anspruchs verholfen hat, kann sie die Klage verlieren, weil sie den substantiierten Vortrag des Gegners nicht widerlegen kann, obwohl der gegnerischen Partei ein Beweismittel zur Verfügung



steht, aus dem sich eben diese Widerlegung ergeben hätte. Wenn also in der Arbeit von der „informierten Partei“ gesprochen wird, ist die Partei gemeint, die ein Beweismittel hat. Wenn von der schweigenden Partei gesprochen wird, ist die Partei gemeint, die kein Beweismittel vorlegt. Und wenn von der Würdigung des Schweigens gesprochen wird, ist eine Beweiswürdigung der Nichtvorlage von Beweismitteln gemeint. Die Substantiierung der Klage ist bei dem Problem, das diese Arbeit behandelt, vorausgesetzt.

## § 2 Der Beibringungsgrundsatz und die Bedeutung seiner Rechtfertigung

Dieses Kapitel eröffnet die Fragestellung der Arbeit. Es führt den Beibringungsgrundsatz ein und verdeutlicht, warum seiner Rechtfertigung in der praktischen Rechtsanwendung so eine herausragende Bedeutung zukommt. Es stellt dann beide Rechtfertigungen des Beibringungsgrundsatzes kurz vor: Die funktionale Rechtfertigung sieht im Beibringungsgrundsatz primär ein Mittel effektiver Sachverhaltsaufklärung; die wertgeleitete Rechtfertigung sieht im Beibringungsgrundsatz die Fortwirkung der materiell-rechtlichen Privatautonomie im Prozess. Nach diesen Präliminarien (§ 2 I.) folgt das zentrale Argument des Kapitels in zwei Teilen. Erstens fallen bei rechtem Verständnis der wertgeleiteten Rechtfertigung die beiden Rechtfertigungen zusammen, denn nach beiden ist der Beibringungsgrundsatz nur gerechtfertigt, soweit er ein effektives Mittel zur zutreffenden Sachverhaltsaufklärung ist (§ 2 II. und § 2 III.). Zweitens besteht aber im deutschen Zivilrechtsdiskurs der Konsens, dass der Beibringungsgrundsatz eine wichtige Klasse von Fällen nicht aufklären kann: Wenn, wie vor allem in Klagen auf deliktischen Schadensersatz leicht denkbar, nur die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel hat, kann die beweisbelastete Partei oft eine Einführung dieser Beweismittel in den Prozess nicht erreichen (§ 2 IV.). Sie bleibt beweisfällig und verliert den Prozess. Dieses Argument eröffnet die Fragestellung der Arbeit: Kann der Beibringungsgrundsatz eine Aufklärung von Fällen, in denen die beweisbelastete Partei anders als ihre Gegnerin keinen Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel hat, wirklich nicht leisten? Dies verdeutlicht zugleich die Bedeutung der Fragestellung. Wenn der Beibringungsgrundsatz eine wichtige Klasse von Fällen nicht aufklären kann, kollabiert seine Rechtfertigung. Es wäre dann höchste Zeit, nach einem Ersatz zu suchen. Kandidaten stünden in ausreichender Menge bereit. Neben dem Amtsermittlungsgrundsatz böte sich vor allem die Kooperationsmaxime an.

## I. Der Beibringungsgrundsatz

Jeder Jurist weiß: Im Verwaltungs- und im Strafprozess gilt „Amtsermittlung“, während im Zivilprozess grundsätzlich<sup>1</sup> der Beibringungsgrundsatz gilt, nach dem die Parteien den Sachverhalt allein vortragen und beweisen. Auch wenn der Beibringungsgrundsatz im Zivilprozess vor allem durch die Ausweitung richterlicher Hinweispflichten,<sup>2</sup> die prozessuale Wahrheitspflicht<sup>3</sup> und die Möglichkeiten einer Beweisaufnahme von Amts wegen<sup>4</sup> durchaus weitreichende Relativierung erfahren hat, wird nur von wenigen Autoren bestritten, dass der Beibringungsgrundsatz immer noch den Zivilprozess beherrscht.<sup>5</sup>

Der Beibringungsgrundsatz betrifft die Stoffsammlung im Prozess<sup>6</sup> und legt sie in die Hände der Parteien.<sup>7</sup> Gegenstand der Tatsachenfeststellung sind allein die Behauptungen der Parteien.<sup>8</sup> Die Parteien entscheiden auch, welche Tatsachen bestritten und damit beweisbedürftig werden.<sup>9</sup> Beweis erhoben wird

<sup>1</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 3. In Familiensachen und Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, §§ 1 und 26 FamFG. In Ehesachen gilt der Amtsermittlungsgrundsatz in einer zu Gunsten der Aufrechterhaltung der Ehe eingeschränkten Weise, § 127 FamFG.

<sup>2</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 72; *Katzenmeier*, JZ 2002, 533–540, 536; *Weyers*, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 195.

<sup>3</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 73; *Katzenmeier*, JZ 2002, 533–540, 536; *Weyers*, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 195.

<sup>4</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 73; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 97; *Weyers*, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 195.

<sup>5</sup> Für seine Geltung trotz Relativierungen etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 5; *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 74; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 97, 101. Für eine Kooperationsmaxime anstelle des Beibringungsgrundsatzes aber etwa *AK-ZPO/Rießmann*, Vor § 284 ZPO Rn. 3.

<sup>6</sup> *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 353.

<sup>7</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 70; *Fervers*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny u. a. (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, 85–97, 85; *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 35–37; *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 305; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 98; *Leipold*, JZ 1982, 441–448, 441; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 13; *Stadler*, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 1625–1647, 1629–1630; *Saenger*, ZZP 2008, 139–163, 143; *Weyers*, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 194.

<sup>8</sup> *Leipold*, JZ 1982, 441–448, 441; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 13.

<sup>9</sup> *Leipold*, JZ 1982, 441–448, 441; *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 361; *Stadler*, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 1625–1647, 1629–1630.

grundsätzlich nur, soweit dies von mindestens einer Partei beantragt wird.<sup>10</sup> Außer dem Zeugenbeweis können zwar alle Beweismittel auch von Amts wegen erhoben werden,<sup>11</sup> aber erstens ist der Zeugenbeweis wohl das praktisch relevanteste Beweismittel. Zweitens machen Gerichte von ihren Beweiserhebungsbefugnissen, insbesondere von denen nach § 142 ZPO, nur sehr zurückhaltend Gebrauch,<sup>12</sup> so dass der Grundsatz bedeutsam bleibt. Die Parteien bestimmen ferner grundsätzlich<sup>13</sup> durch ihr Beweisangebot die Beweismittel, mit denen streitiger Vortrag bewiesen wird.<sup>14</sup> Das Gericht darf dagegen nicht selbst ermitteln.<sup>15</sup> Treten bei der Beweisaufnahme neue Tatsachen zu Tage, sind sie von Rechts wegen nur zu berücksichtigen, wenn eine Partei sie sich zu eigen macht – auch wenn in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen ist, dass die Partei, der die Tatsachen günstig sind, genau dies tun wird.<sup>16</sup> Welche Partei die Tatsachen vorträgt bzw. sich zu eigen macht, ist, außer für die Schlüssigkeitsprüfung,<sup>17</sup> unerheblich.<sup>18</sup>

Zur näheren Charakterisierung ist nach seiner überblicksartigen Vorstellung klarzustellen, wie sich der Beibringungsgrundsatz von der Dispositionsmaxime unterscheidet (§ 2 I. 1.). Die eingangs erwähnte Unsicherheit über seinen Gehalt folgt aus der Unsicherheit über seine Rechtsgrundlage (§ 2 I. 2.). Diese Unsicherheit ist praktisch relevant, weil der Beibringungsgrundsatz bei der Beantwortung wichtiger konkreter Rechtsfragen den Ausschlag gibt (§ 2 I. 3.). Sie ist aber bisher offenbar nicht für besonders problematisch gehalten worden, weil über die Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes weitgehende Einigkeit besteht (zu ihr § 2 I. 4.), so dass eine teleologische Konkretisierung möglich erscheint.

<sup>10</sup> Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 98; Saenger, ZZZ 2008, 139–163, 143.

<sup>11</sup> Vgl. die Ausnahmen §§ 142, 144 ZPO. Bei ihnen „fehlt [es] an dem Erfordernis eines Antrags“, MüKo-ZPO/Fritsche, §§ 142–144 ZPO Rn. 9, ferner sogar zur alten Rechtslage vor der Reform von § 142 ZPO schon knapp Wieser/Rummer, Grundzüge des Zivilprozessrechts, Rn. 163. § 142 ZPO betrifft die Vorlage von Urkunden, § 144 ZPO die Inaugenscheinnahme und den Sachverständigenbeweis, damit können alle Beweismittel von Amts wegen erhoben werden. Für den Zeugenbeweis fehlt eine entsprechende Vorschrift.

<sup>12</sup> Nach Hommerich, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, 112f. (die Befragung lief im Sommer 2005, vgl. S. 38) wenden 95 % der Amtsrichter und 93 % der Landrichter die §§ 142, 144 ZPO „selten“ oder „nie“ an.

<sup>13</sup> Nämlich abseits der Beweiserhebung von Amts wegen, Leipold, JZ 1982, 441–448, 441.

<sup>14</sup> Leipold, JZ 1982, 441–448, 441; Stadler, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 1625–1647, 1629–1630.

<sup>15</sup> Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 98; MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 357; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 2, 8; Stadler, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 1625–1647, 1629–1630.

<sup>16</sup> MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 362; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 13.

<sup>17</sup> MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 359.

<sup>18</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 13.

### 1. Die Unterscheidung von Beibringungs- und Dispositionsmaxime

In jüngerer Zeit<sup>19</sup> wird der Beibringungsgrundsatz deutlich vom Dispositionsgrundsatz unterschieden.<sup>20</sup> Während der Beibringungsgrundsatz die Aufgabenverteilung bei der Stoffsammlung betrifft, ordnet der Dispositionsgrundsatz an, dass die Parteien frei sind, nach ihrem Willen den Streitgegenstand zu bestimmen<sup>21</sup> und über den Streitgegenstand zu verfügen.<sup>22</sup> Im Einzelnen verfügen die Parteien über den Streitgegenstand, indem sie mit ihrem Antrag den Prüfungsumfang des Gerichts bestimmen, das Gericht durch Klagerücknahme von der weiteren Prüfung abhalten oder den Inhalt des Urteils durch Verzicht oder Anerkenntnis determinieren.<sup>23</sup> Die Parteien bestimmen im Rahmen der Dispositionsmaxime „Einleitung, Inhalt, Gang und Beendigung des Verfahrens“.<sup>24</sup> Anschaulich, wenn auch nicht ganz präzise, ist die Dispositionsfreiheit als Freiheit zur Verfügung über den Streit als Ganzes bezeichnet worden.<sup>25</sup> Es leuchtet unmittelbar ein, dass der Dispositionsgrundsatz mit der materiell-rechtlichen „Verfügungsfreiheit über private Rechte“, d. h. mit der materiell-rechtlichen Privatautonomie, korrespondiert.<sup>26</sup> Im Rahmen der Dispositionsmaxime entscheiden die Parteien, ob und wieweit sie ein Recht überhaupt geltend machen bzw. sich gegen die Geltendmachung überhaupt verteidigen wollen.

Beibringungsgrundsatz und Dispositionsgrundsatz berühren sich in der Bestimmung des Streitgegenstandes. Im zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff hängt der Streitgegenstand sowohl vom Antrag als auch vom Tatsachenvortrag

<sup>19</sup> Zumindest war die Unterscheidung 1982 „neueren Datums“, *Leipold*, JZ 1982, 441–448, 442.

<sup>20</sup> *Leipold*, JZ 1982, 441–448, 442; *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 339; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 76, Rn. 2; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 12.

<sup>21</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 70; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 99; *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 338, 339.

<sup>22</sup> *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 99; *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 338; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 76, Rn. 1 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 12.

<sup>23</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 70; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 76, Rn. 3–4.

<sup>24</sup> *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 338. *Fervers*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny u. a. (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, 85–97, 85 schreibt: „Beginn, Fortgang, Beendigung und Gegenstand“.

<sup>25</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 70. Nicht ganz präzise erscheint mir diese Formulierung, weil die Parteien eben auch einen Teil des Streits für erledigt erklären können.

<sup>26</sup> Zitat bei *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 76, Rn. 1. *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 70; *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 337. Auch *Gaul*, AcP 1968, 27–62, 51, der den Dispositionsgrundsatz aber wohl noch nicht sauber von der Verhandlungsmaxime trennt.

ab.<sup>27</sup> Der Antrag ist Ausdruck der prozessualen *Dispositionsfreiheit* des Klägers. Aber der Tatsachenvortrag, der den Streitgegenstand mitbestimmt, wird nach den Grundsätzen des *Beibringungsgrundsatzes* Teil des Verfahrens. Obwohl also die Stoffsammlung und so auch der Beibringungsgrundsatz einen gewissen Einfluss auf die Bestimmung des Streitgegenstands haben,<sup>28</sup> kann man dennoch sinnvoll zwischen Beibringungsgrundsatz und Dispositionsmaxime trennen: Die Verfügung über das Begehren durch den Antrag mag den Tatsachenvortrag voraussetzen und im Lichte desselben auszulegen sein; die Disposition über das Begehren ist aber der Antrag allein. Der Prozessstoff ist allenfalls sein Bezugsobjekt. Der Beibringungsgrundsatz kann und sollte daher sauber von der Dispositionsmaxime unterschieden werden.

## 2. Die Rechtsgrundlage des Beibringungsgrundsatzes

Der Beibringungsgrundsatz wirkt normkonkretisierend und auslegungsleitend auf die Regeln des Zivilprozesses ein.<sup>29</sup> Im Gesetz hat er keine ausdrückliche Regelung erfahren.<sup>30</sup> Er wird dem Gesetz im Umkehrschluss entnommen:<sup>31</sup> Soweit eine Norm eine Anordnung trifft, die mit dem Beibringungsgrundsatz im Widerspruch steht, wird hierin eine Bestätigung des Beibringungsgrundsatzes gesehen. Diese Norm werde dadurch erforderlich, dass der Beibringungsgrundsatz gelte. Zum Beispiel soll sich die Geltung des Beibringungsgrundsatzes per Umkehrschluss aus der ausdrücklichen Anordnung der Amtsermittlung für Familiensachen, §§ 26, 127 FamFG, ergeben.<sup>32</sup> Daneben haben einzelne Aspekte des Beibringungsgrundsatzes im Gesetz zumindest ansatzweise Ausdruck gefunden. § 288 I ZPO regelt, dass zugestandene Tatsachenbehauptungen keines Beweises bedürfen, § 138 III ZPO erweitert diese Regelung auf unbestrittene Behauptungen. Diese beiden Regelungen sind als Beleg interpretiert worden, dass die Parteien bestimmen, welche Tatsachen beweisbedürftig sind, und die Stoffsammlung also in ihren Händen liege.<sup>33</sup> Die Grundlage erscheint allerdings nicht zwingend, denn der Wortlaut des § 288 I ZPO („bedürfen“) legt eigentlich

<sup>27</sup> MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, Vor § 253 ZPO Rn. 32.

<sup>28</sup> Jauernig, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, 6.

<sup>29</sup> MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 336.

<sup>30</sup> Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 71; Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 97; MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 354.

<sup>31</sup> Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 71.

<sup>32</sup> Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 97. Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 71 nennt als weitere Normen, aus denen sich der Beibringungsgrundsatz ergeben soll: §§ 128, 138 II, 282, 286, 288, 306, 307, 308, 313 I Nr. 3, 331 I, 592 S. 1, 616 I, 617 II ZPO.

<sup>33</sup> Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 97; Wieser/Rummer, Grundzüge des Zivilprozessrechts, Rn. 159.

ein Ermessen des Richters nahe.<sup>34</sup> Hieraus zu folgern, es werde letztlich darauf verzichtet, den Beibringungsgrundsatz überhaupt irgendwie stringent aus dem Gesetzestext abzuleiten,<sup>35</sup> geht vielleicht zu weit. Aber die Schwäche seiner gesetzlichen Verankerung bewirkt eine besondere Bedeutung der teleologischen Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes.<sup>36</sup>

### 3. Die Wirkung des Beibringungsgrundsatzes

Der Beibringungsgrundsatz ist ein Rechtsprinzip oder auch ein Leitbild, das gleichsam hinter vielen konkreten Vorschriften der ZPO liegt und sie zu einem stimmigen Ganzen verbindet. Er entfaltet als Systematisierungshilfe erhebliche auslegungsleitende Wirkung.<sup>37</sup>

Weil der Beibringungsgrundsatz sozusagen hinter dem Text liegt, ist er in zweierlei Hinsicht unsicher. Sein Gehalt ist unsicher, weil dieser nirgends ausdrücklich geregelt ist, sondern systematisch erschlossen werden muss. Und seine Autorität ist unsicher, weil im Gesetz eine ganze Reihe von Ausnahmen zu seiner Geltung geregelt sind, aus denen er sich einerseits im Umkehrschluss ergeben soll, zu denen er aber andererseits in Konflikt steht. Ohne eine tiefere normative Grundlage ist hier nicht zwischen *argumentum e contrario* und Gesetzesanalogie zu entscheiden. Das sorgt für ganz praktische Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Aufgabenverteilung zwischen Richter und Parteien bei der Tatsachenermittlung im Prozess. Erfasst der Beibringungsgrundsatz seinem Gehalt nach viele Situationen und ist seine Autorität hoch, sind die Ausnahmen eng auszulegen und müssen in der Regel hinter den Wertungen des Beibringungsgrundsatzes zurücktreten. Erfasst er dagegen weniger Fälle oder ist seine Autorität gering, könnten die Ausnahmen eine größere Wirksamkeit entfalten.

Die normative Wirkung des Beibringungsgrundsatzes wird in vielen dogmatischen Diskussionen sichtbar. Die Auslegung von § 138 III ZPO kann sehr unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob man dem Beibringungsgrundsatz starke oder schwache Autorität bescheinigt. So wird in § 138 III ZPO einerseits gerade eine Verankerung des Beibringungsgrundsatzes im Gesetz gesehen, weil er dem Richter verbiete zu forschen, soweit eine Partei durch fehlendes Bestreiten zugesteht.<sup>38</sup> Wer Richter dagegen eher für berechtigt hält, unbestrittene, aber erkanntermaßen wahrheitswidrige Behauptungen zurückzuweisen, relativiert zur Begründung den Beibringungsgrundsatz.<sup>39</sup> Auch in der Diskussi-

<sup>34</sup> Scherer, Deutsche Richterzeitung 1996, 58–62, 59.

<sup>35</sup> Weyers, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 196.

<sup>36</sup> Scherer, Deutsche Richterzeitung 1996, 58–62, 59; Weyers, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 200.

<sup>37</sup> MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 336; Weyers, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 195.

<sup>38</sup> Wieser/Rummer, Grundzüge des Zivilprozessrechts, Rn. 159.

<sup>39</sup> Scherer, Deutsche Richterzeitung 1996, 58–62, 60.

on über § 142 ZPO dient der Beibringungsgrundsatz dazu eine enge Auslegung der Norm zu begründen.<sup>40</sup> Der Vorschlag, dass zwischen den Parteien Beweisnot durch einen allgemeinen Auskunftsanspruch – sei der vorgeschlagene Anspruch nun prozessualer<sup>41</sup> oder materiell-rechtlicher<sup>42</sup> Natur – zu verhindern sei, wird auch mit Verweis auf die Wertung des Beibringungsgrundsatzes abgelehnt.<sup>43</sup> Ein Teil der Befürworter des Auskunftsanspruchs will diesen gerade auf eine Reihe von Ausnahmen zum Beibringungsgrundsatz als Analogiebasis stützen<sup>44</sup>, indem sie angesichts des Umfangs der „Ausnahmen“ diese zum Grundsatz erklären. Ein anderer Teil der Befürworter betont, dass bestimmte, vom Beibringungsgrundsatz angeblich geschützte Interessen nicht schutzwürdig sind<sup>45</sup> und relativiert so dessen Autorität.

Die Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes bestimmt sowohl seine Autorität als auch seinen Gehalt<sup>46</sup> und determiniert damit seine auslegungsleitende Wirksamkeit in den genannten und weiteren Diskussionen. Die Frage nach der Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes ist damit zentral für seine konkrete Anwendung.

#### 4. Die Rechtfertigungen des Beibringungsgrundsatzes

Als Legitimation des Beibringungsgrundsatzes sind vor allem zwei Narrative allgemein anerkannt, die Weyers<sup>47</sup> etwas polemisch als „technische Legitimation“ einer- und „ideologische Legitimation“ andererseits bezeichnet hat.<sup>48</sup> Hier soll – weniger wertend – von „funktionaler“ und „wertgeleiteter“ Rechtfertigung gesprochen werden.<sup>49</sup> Die funktionale Rechtfertigung führt die Geltung

<sup>40</sup> Etwa Saenger, ZZP 2008, 139–163, 153; vgl. weitere Nachweise bei Gottwald, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 304, Fn. 6.

<sup>41</sup> So etwa Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 85 ff.

<sup>42</sup> So etwa Osterlob-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 185 ff.

<sup>43</sup> Vgl. etwa Nachweise bei Osterlob-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 109.

<sup>44</sup> Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 92 ff. stützt seinen Aufklärungsanspruch auf Wahrheitspflicht, Urkundsvorlagepflichten, §§ 138 I und II (Wahrheits- und Substantiierungspflicht), 423 (Vorlagepflicht für Urkunden bei Bezugnahme des Gegners), 445 ff. (Regeln über die Parteivernehmung), 372a und 654 ff. a.F. ZPO, heute § 178 FamFG (Duldungspflicht zur Untersuchung zur Feststellung der Abstammung).

<sup>45</sup> Osterlob-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 36, 44.

<sup>46</sup> Ähnlich Weyers, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 195.

<sup>47</sup> Weyers, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 200.

<sup>48</sup> MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 354–355; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 3; Saenger, ZZP 2008, 139–163, 143. Neben diese beiden Stränge stellt Stadler, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 1625–1647, 1630 noch den Schutz der Parteien vor richterlicher Willkür, den sie aber offenbar auch eher als historisches denn als aktuell vorrangiges Anliegen begreift.

<sup>49</sup> Leipold, JZ 1982, 441–448, 442 spricht von technischer und „binnenjuristische[r] oder rechtsdogmatische[r]“ Rechtfertigung.



des Beibringungsgrundsatzes auf seine nützliche Wirkung bei der Sachverhaltsaufklärung zurück; die wertgeleitete dagegen sieht ihn als prozessuale Entscheidung der materiell-rechtlichen Privatautonomie.<sup>50</sup>

## II. Die Sachverhaltsaufklärung als Bedingung funktionaler Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes

Nach der funktionalen Rechtfertigung erfordert die Durchsetzung der materiellen subjektiven Rechte die Ermittlung des wahren Sachverhalts.<sup>51</sup> Schließlich sollen die bestehenden Rechte und nicht irgendwelche Rechte durchgesetzt werden.<sup>52</sup> Mit dem Beibringungsgrundsatz verbindet man die Hoffnung auf vollständige Sachaufklärung, weil jede Partei die für sie günstigen Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen wird, so dass insgesamt ein umfassendes Bild entsteht.<sup>53</sup> Dieses Verfahren erscheint nicht nur wirksam, sondern auch wirtschaftlich, weil die Parteien dem Tatsachenstoff am nächsten stehen<sup>54</sup> und sie auch die Möglichkeit haben, das Verfahren dadurch zu beschleunigen, dass sie bestimmte Tatsachen nicht streitig stellen.<sup>55</sup> Gerade in Argumenten von Vertretern des Vorrangs der funktionalen Rechtfertigung<sup>56</sup> ist aber auch ein Problem der funktionalen Rechtfertigung zu erkennen: Die Reichweite der funktionalen Rechtfertigung bleibt unklar, weil die Wirksamkeit des Beibringungsgrundsatzes als Postulat unterstellt wird. Die funktionale Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes ist aber davon abhängig, dass der Beibringungsgrundsatz tatsächlich ein effektives Mittel der Sachverhaltsaufklärung ist. Soweit seine Funktionsweise unklar ist, kann das ferner Interpretationsschwierigkeiten auf-

<sup>50</sup> MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 354–355.

<sup>51</sup> *Fervers*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny u. a. (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, 85–97, 96–97; *Weyers*, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 202.

<sup>52</sup> *Weyers*, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 202.

<sup>53</sup> BVerfG NJW 1979, 1925, 1927; *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 71; *Gaul*, AcP 1968, 27–62, 50; *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 305–306; *Stein/Jonas-ZPO/Kern*, § 138 ZPO Rn. 1; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 98, 100; *Peters*, Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, 101; MüKo-ZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 355; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 3, 6.

<sup>54</sup> *Fervers*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny u. a. (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, 85–97, 86.

<sup>55</sup> *Wagner*, Prozeßverträge, 624; *Wieser/Rummer*, Grundzüge des Zivilprozessrechts, Rn. 162.

<sup>56</sup> *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 305–306; *Peters*, Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, 101; *Weyers*, in: Dubischar (Hrsg.), Dogmatik und Methode, 193–224, 202.

werfen:<sup>57</sup> Verfehlt der Beibringungsgrundsatz zum Beispiel seine Funktion, wenn ein Kläger seine Vertragsunterlagen verloren hat, so dass das freie Wirken der Parteien unter der Antizipation der gesetzlichen Beweislast die beweisfähige Partei nicht zur Beweisvorlage motiviert? Fordert die funktionale Rechtfertigung daher hier die Ausübung des richterlichen Ermessens nach § 142 ZPO zu Gunsten des Klägers durch die Anordnung einer Vorlage? Oder erfüllt der Beibringungsgrundsatz hier seine Funktion gerade, indem er Anreize setzt, Vertragsurkunden zu erhalten, so dass, wenn diese Anreize im Ermessen von § 142 ZPO berücksichtigt werden, aufgrund der Wertung des Beibringungsgrundsatzes kein Raum für eine Vorlageanordnung gegen die Beklagte bleibt? Das abstrakte Verdikt der funktionalen Rechtfertigung, „im Zweifel für die Sachverhaltsaufklärung“, kann hier keine Klärung bringen. Es ist nötig zu erforschen, wie genau der Beibringungsgrundsatz zur Sachverhaltsaufklärung führt.

Die funktionale Rechtfertigung stützt daher den Beibringungsgrundsatz nicht nur, sie formuliert auch einen Anspruch an ihn: Er muss Sachverhalte effektiv aufklären, um gerechtfertigt zu sein. Soweit er nicht aufklärt, ist er zumindest durch die funktionale Rechtfertigung nicht gerechtfertigt und lässt sich mit ihrer Hilfe auch nicht konkretisieren.

### III. Der funktionale Aspekt der wertgeleiteten Rechtfertigung

Abhilfe verspricht die wertgeleitete Rechtfertigung: Soweit der Beibringungsgrundsatz nicht aufklärt, soll sie einspringen und das Legitimationsdefizit überbrücken. Aber eine gründliche Analyse der wertgeleiteten Rechtfertigung nährt Zweifel, ob diese den Beibringungsgrundsatz auch insoweit rechtfertigen kann, wie er Aufklärung nicht erreicht oder Aufklärung gar verhindert.

Zur Prüfung ihrer Reichweite muss die wertgeleitete Rechtfertigung zunächst vorgestellt werden. Sie versteht den Beibringungsgrundsatz als Fortwirkung der grundrechtlich geschützten Privatautonomie. Privatautonomie deutet sie als Staatsferne. Im Ergebnis soll die wertgeleitete Rechtfertigung gerade auch die Freiheit, durch taktisches Verhalten zum eigenen Vorteil Sachverhaltsaufklärung zu vereiteln, unter den Schutz des Grundgesetzes stellen (§ 2 III. 1.).

---

<sup>57</sup> Für eine Interpretation der Hinweispflicht als Ausdruck des Beibringungsgrundsatzes etwa *Bender*, JZ 1982, 709–712, 710. Für eine Relativierung bzw. Modifikation des Beibringungsgrundsatzes durch die Hinweispflicht dagegen *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 72; *Jacoby*, Zivilprozessrecht, Rn. 106. Für die Wahrheitspflicht als Ausdruck der Verhandlungsmaxime *Jacoby*, Zivilprozessrecht, Rn. 113; *Heinze*, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 515–543, 532–533. Für eine Relativierung des Beibringungsgrundsatzes durch die Wahrheitspflicht *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 73; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 101.

Privatautonomie ist aber nicht nur Staatsferne, sondern gewährleistet im Kern die Freiheit zur Selbstbindung. Die reale Möglichkeit zur Selbstbindung erfordert eine gewisse Infrastruktur, welche die Wirksamkeit des Willens tatsächlich gewährleistet. Die Freiheit zur Beweismittelzurückhaltung vereitelt dagegen die Möglichkeit realer Selbstbindung und unterminiert damit die Privatautonomie. Eine Fortwirkung der Privatautonomie im Prozess kann es daher, so wie die wertgeleitete Rechtfertigung sie behauptet, nicht geben (§ 2 III. 2.).

Daneben kollidiert eine „Fortwirkung“ der Privatautonomie im Zivilprozess, soweit sie strategische Vereitelung der Sachverhaltsaufklärung ermöglicht, mit dem Justizgewähranspruch, dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (§ 2 III. 3.) und dem legitimen Steuerungsanspruch des Gesetzgebers (§ 2 III. 4.).

Im Ergebnis kann daher auch die wertgeleitete Rechtfertigung den Beibringungsgrundsatz nur rechtfertigen, soweit er den Sachverhalt aufklärt.

### 1. Die Stoßrichtung der wertgeleiteten Rechtfertigung: Verankerung im Grundgesetz

Die wertgeleitete Rechtfertigung öffnet wirksam eine Verbindung zwischen dem zivilprozessualen Grundsatz und einer Legitimationsquelle mit höchster Autorität, dem Grundgesetz. Diese Stoßrichtung hat hohes Rechtfertigungspotential. Nach der wertgeleiteten Rechtfertigung ist der Beibringungsgrundsatz – wie die Dispositionsmaxime – Fortwirkung,<sup>58</sup> Fortsetzung,<sup>59</sup> Gegenstück,<sup>60</sup> Ausfluss,<sup>61</sup> Korrelat<sup>62</sup> oder Parallele<sup>63</sup> der Privatautonomie im Prozess.<sup>64</sup> *Leipold* legt offen, dass die Grundlage des von ihm vorgetragenen Fortwirkungsarguments im Grunde darin besteht, dass er sich „auf ein Bekenntnis zu grundlegenden Wertvorstellungen“ einlasse.<sup>65</sup> Er räumt ein, dass er der Privatautonomie diese prominente Rolle im Prozess nicht so sehr aufgrund exegetischer Ableitung aus der Zivilprozessordnung zumessen will, sondern dass sie seinem Bekenntnis zu einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung entspringt. Er leitet den Beibrin-

<sup>58</sup> *Katzenmeier*, JZ 2002, 533–540, 536.

<sup>59</sup> *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 28.

<sup>60</sup> *Arens*, ZZZP 1983, 1–24, 21.

<sup>61</sup> *Fervers*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny u. a. (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, 85–97, 86.

<sup>62</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 3.

<sup>63</sup> *Saenger*, ZZZP 2008, 139–163, 143.

<sup>64</sup> Im Ausgangspunkt ist das eine sehr verbreitete Ansicht, auch wenn daraus zum Teil sehr unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen werden, vgl. *Arens*, ZZZP 1983, 1–24, 21; *Fervers*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny u. a. (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, 85–97, 86; *Katzenmeier*, JZ 2002, 533–540, 536; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 3; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 45.

<sup>65</sup> *Leipold*, JZ 1982, 441–448, 448.

ungsgrundsatz über die Privatautonomie mittelbar aus dem Grundgesetz ab, weil die Privatautonomie ihrerseits nach ganz überwiegender Ansicht von verschiedenen Grundrechten wie Art. 12, 14 und im Übrigen 2 I GG im Einzelnen geschützt und als Institut gewährleistet wird.<sup>66</sup> Auf ganz ähnliche Weise vertreten auch andere Autoren die Ansicht, dass der Beibringungsgrundsatz sich auf die grundrechtlich geschützte Privatautonomie stütze und so mittelbar an der Autorität der Verfassung teilhabe.<sup>67</sup> *Stürner* geht so weit, zu folgern, es könne einen reinen Inquisitionszivilprozess von Verfassungen wegen nicht geben.<sup>68</sup> So soll das Fortwirkungsargument den Beibringungsgrundsatz gegen konsequenzialistische Argumente absichern. Wenn also der Beibringungsgrundsatz die für die Wirksamkeit der funktionalen Rechtfertigung erforderlichen Konsequenzen nicht generiert, soll die wertgeleitete Rechtfertigung dennoch halten. Ob aber die Prämisse des Fortwirkungsarguments – nämlich die Fortwirkung selbst – zutrifft, wird dadurch verdunkelt, dass es einen allgemein akzeptierten Begriff der Privatautonomie nicht gibt.<sup>69</sup> Weil die Prämissen nicht ausformuliert werden, wird das Fortwirkungsargument von den meisten Autoren eher topisch genutzt.<sup>70</sup> Die bloße Gewöhnung an die topische Beschwörung rechtfertigt aber nicht. Eine Überprüfung der Prämissen des Fortwirkungsarguments ist daher unerlässlich. Dafür ist zunächst festzustellen, welcher Aspekt des komplexen Begriffs der Privatautonomie genau fortwirken soll.

Letzten Endes scheinen die Autoren schlicht „Staatsferne“ zu meinen, wenn sie „Privatautonomie“ schreiben. Die staatlichen Gerichte und der Gesetzgeber sollen so wenig wie möglich in das freie Spiel der Kräfte zwischen den Parteien vor Gericht eingreifen. Einen Hinweis für diese Lesart der „Fortwirkung“

<sup>66</sup> *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 22; *Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, Artikel 2 GG Rn. 101; *Isensee/Kirchhoff/Isensee*, § 150 Privatautonomie Rn. 71; *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 258.

<sup>67</sup> *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 99–100; *Wagner*, JZ 2007, 706–719, 710.

<sup>68</sup> *Stürner*, in: Grunsky (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, 647–666, 657, der überraschenderweise meint, dies verbiete Art. 103 I GG, obwohl dieser genauso für Straf- und Verwaltungsprozesse – und damit für Verfahren unter der Inquisitionsmaxime – gilt. Allerdings schränkt *Stürner* gleich wieder ein, „Ein generelles Recht der Parteien zur freien Verfügung über Tatsachen und Beweismittel, insbesondere im Sinne des Ausklammerns, läßt sich der Verfassung hingegen bestimmt nicht entnehmen“, *Stürner*, in: Grunsky (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, 647–666, 658. Ferner *Birk*, NJW 1985, 1489–1597, 1497. Der von *Birk* zum Beleg der Verfassungswidrigkeit des Untersuchungsgrundsatzes im Zivilprozess angeführte Beschluss BVerfG NJW 1957, 1228 betrifft dagegen nur die eigentlich selbstverständliche Feststellung, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör unter dem Amtsermittlungsgrundsatz nicht obsolet werde. Wie aber die Stoffsammlung im Zivilprozess zu betreiben ist, behandelt der Beschluss nicht.

<sup>69</sup> *Isensee/Kirchhoff/Isensee*, § 150 Privatautonomie Rn. 6.

<sup>70</sup> Beispiele für die eher topische Verwendung bei: *Ferovers*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny u. a. (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, 85–97, 86; *Katzenmeier*, JZ 2002, 533–540, 536; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 99–100; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77, Rn. 3; *Wagner*, JZ 2007, 706–719, 710.

gibt etwa *Rauscher*, wenn er schreibt, „ein Prozess, der von der Autonomie [...] der Parteien ausgeht, entspricht [...] dem grundgesetzlichen Verständnis von der Stellung des Einzelnen im Staat.“<sup>71</sup> Auch *Leipold* hält mit *Jauernig* die „Verhandlungsmaxime als Parallele zur materiell-rechtlichen Verfügungsfreiheit der Parteien [für] diejenige Verfahrensgestaltung, die unserer *heutigen Staatsanschauung*, d. h. der generellen Sicht des Verhältnisses des Einzelnen zum Staat, gemäß“ ist.<sup>72</sup> Diese grundsätzlichen Einlassungen lenken den Fokus auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Aufschlussreich ist auch *Beckhaus*' Beschreibung einer Entwicklung vom liberalen zum sozialen Zivilprozess, wobei er den hier sogenannten Beibringungsgrundsatz mit dem Synonym „Verhandlungsgrundsatz“ benennt: „Von einem passiven Schiedsrichter entwickelte sich der Richter zur aktiv prozessleitenden Instanz mit weitreichenden Möglichkeiten, in die Sachverhaltsermittlung einzugreifen. Dieser Wandel lässt sich mit der Vielzahl von Modifizierungen und Durchbrechungen des Verhandlungsgrundsatzes belegen, die sich in der Zivilprozessordnung finden.“<sup>73</sup> Der Verhandlungsgrundsatz wird also durch richterliche Aktivität durchbrochen. Er selbst verlangt demnach die Passivität der staatlichen Institution des Richters. Kurz: Der Verhandlungsgrundsatz verlangt Staatsferne. Die Parteien beschaffen die Tatsachengrundlage „allein“. Der Staat mischt sich nicht ein.

Doch welche Möglichkeiten würde ein staatsferner Prozess den freien Parteien eröffnen? Nach *Arens* sollen die Parteien über die Rechte, über die sie vor dem Prozess disponieren konnten, auch im Prozess disponieren können.<sup>74</sup> Das muss einerseits bedeuten, dass die Parteien auch während des Prozesses über die streitbefangenen Rechte verfügen können – was von niemandem bestritten werden dürfte. Wenn *Arens* aber mehr als eine Selbstverständlichkeit ausdrücken wollte, meint er, dass die Privatautonomie im Prozess gewährleistet, dass die Parteien über Informationen und Beweismittel, an denen sie vor dem Prozess allein berechtigt waren, auch im Prozess allein und im eigenen Interesse verfügen können.<sup>75</sup> Ganz deutlich wird in dieser Hinsicht *Leipold*, wenn er ausdrücklich mit Bezug auf den Zivilprozess schreibt, „es sollte grundsätzlich zur Freiheit des Einzelnen gehören, zu entscheiden, über welche Angelegenheiten er reden und über welche er schweigen will. Das gilt [...] auch, wenn es um Umstände geht, aus denen ein anderer Ansprüche herleiten könnte.“<sup>76</sup> *Leipold* postulierte ganz

<sup>71</sup> MüKo-ZPO/*Rauscher*, Einleitung Rn. 354.

<sup>72</sup> *Leipold*, JZ 1982, 441–448, 448 (Hervorhebung im Original).

<sup>73</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 72. Ähnlich auch *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 101.

<sup>74</sup> *Arens*, ZJP 1983, 1–24, 21. Ähnlich auch MüKo-ZPO/*Rauscher*, Einleitung Rn. 354.

<sup>75</sup> So versteht offenbar auch *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 312 die Vertreter eines auf die Privatautonomie gestützten Beibringungsgrundsatzes.

<sup>76</sup> Stein/Jonas-ZPO 2005/*Leipold*, § 138 ZPO Rn. 30. Abgeschwächt nun Stein/Jonas-ZPO/*Kern*, § 138 ZPO Rn. 50.

ausdrücklich ein Recht, ohne Nachteil schweigen zu können.<sup>77</sup> Das würde in der Tat die Sachverhaltsfeststellung gerade in Situationen erheblich erschweren, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei über aufschlussreiche Beweismittel verfügt. Der Beibringungsgrundsatz würde dann tatsächlich Aufklärung nicht nur ermöglichen, sondern auch verhindern. Wenn die wertgeleitete Rechtfertigung diese Freiheit der Parteien tatsächlich unabhängig von den Folgen gewährleisten kann,<sup>78</sup> entstünde zumindest kein dogmatisches Problem.

Diese Interpretation der wertgeleiteten Rechtfertigung hat in den Diskussionen um die Verteilung von Partei- und Richtermacht im Prozess ganz praktische Folgen. Auf Grundlage der wertgeleiteten Rechtfertigung geht ein Teil der Literatur so weit, im Beibringungsgrundsatz die Regel zu erkennen, dass keine Partei gehalten sei, dem Gegner das Material für den Prozessserfolg zu verschaffen:<sup>79</sup> Es gehöre zum Wesen des kontradiktorischen Verfahrens, dass die nicht beweisbelastete Partei nicht zur Sachverhaltsaufklärung beitragen muss, so dass ein zivilprozessuales Schweigerecht postuliert wird.<sup>80</sup> Manche nennen diesen Grundsatz missverständlich „Ausforschungsverbot“,<sup>81</sup> obwohl er mit dem Ausforschungsbeweis nichts zu tun hat.<sup>82</sup> Andere formulieren ihn in Anlehnung an den strafrechtlichen Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* auf Latein: *Nemo tenetur edere contra se*.<sup>83</sup> Diese Behauptung führt dazu, dass auf Grundlage der wertgeleiteten Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes Auskunftsrechte gegen die nicht beweisbelastete Partei oder ein allgemeiner Auskunftsanspruch weitgehend zurückgewiesen werden.<sup>84</sup> Sogar materiell-

<sup>77</sup> Stein/Jonas-ZPO 2005/Leipold, § 138 ZPO Rn. 30.

<sup>78</sup> Deutlich für eine Immunitisierung gegen folgenorientierte Argumente etwa Leipold, JZ 1982, 441–448, 448.

<sup>79</sup> „Weder die Aufgabe der Wahrheitsfindung noch das Rechtsstaatsprinzip hindern den Gesetzgeber daran, den Zivilprozeß der Verhandlungsmaxime zu unterstellen und es in erster Linie den Parteien zu überlassen, die notwendigen Tatsachenbehauptungen aufzustellen und die Beweismittel zu benennen. [...] Es bleibt [...] bei dem Grundsatz, daß keine Partei gehalten ist, dem Gegner für seinen Prozeßsieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt“, BGH NJW 1990, 3151 m. w. N.; BGH NJW 2006, 155. Vgl. ferner Stein/Jonas-ZPO/Althammer, § 142 ZPO Rn. 9; Stein/Jonas-ZPO 2005/Leipold, § 138 ZPO Rn. 30; Stein/Jonas-ZPO 2005/Leipold, § 142 ZPO Rn. 9; Lepa, NZV 1992, 129–136, 135; MüKo-ZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 17; Prütting, AnwBl 2008, 153–159, 156, 159; Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129–3134, 3129. Dagegen Stein/Jonas-ZPO/Kern, § 138 ZPO Rn. 51.

<sup>80</sup> Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 137.

<sup>81</sup> Die Identität des Topos des generellen „Ausforschungsverbots“ mit dem des „Credos“, niemand sei gehalten, dem Gegner das Material zu dessen Prozessserfolg zu liefern, begründet überzeugend Osterloh-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 105.

<sup>82</sup> Wie Osterloh-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 91 ff. sorgfältig herausarbeitet.

<sup>83</sup> Stein/Jonas-ZPO/Althammer, § 142 ZPO Rn. 21; Brand, NJW 2017, 3558–3563, 3560; Scherpe, ZZZ 2016, 153–186, 185; Thole, JR 2011, 327–334, 329.

<sup>84</sup> BGH NJW 1990, 3151; Arens, ZZZ 1983, 1–24, 18–21; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 87; Stein/Jonas-ZPO 2005/Leipold, § 138 ZPO Rn. 26, 30. Dagegen nun Stein/Jonas-ZPO/Kern, § 138 ZPO Rn. 51, 54.

rechtliche Normen, wie § 809 BGB<sup>85</sup> und § 810 BGB<sup>86</sup>, sind im Lichte eines „Ausforschungsverbots“ besonders eng ausgelegt worden.<sup>87</sup> Die Möglichkeiten der Beweiserhebung von Amts wegen gegen den Willen der Partei, die über das Beweismittel verfügt (§§ 142, 144 ZPO), werden auf der Grundlage der wertgeleiteten Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes und insbesondere des angeblichen Nemo-tenetur-Grundsatzes besonders eng ausgelegt:<sup>88</sup> Zur Verhinderung der „Ausforschung“ wird § 142 ZPO entweder durch Anwendung der Voraussetzungen der §§ 422, 423 ZPO auch auf § 142 ZPO aller eigenständigen Bedeutung beraubt.<sup>89</sup> Oder das Erfordernis der „Inbezugnahme“ eines Beweismittels bei der nicht beweisbelasteten Partei wird durch ein zusätzliches Konkretisierungserfordernis stark verengt.<sup>90</sup> Und auch die Wahrheitspflicht gemäß § 138 I ZPO konnte unter dem angeblichen Vorrang des auf den Beibringungsgrundsatz gestützten Ausforschungsverbots keine eigenständige Bedeutung entwickeln: Wenn der Nemo-tenetur-Grundsatz den Parteien gestattet, zum Nachteil des Gegners Beweismittel zurückzuhalten, so muss, darauf weist *Gomille* zu Recht hin, die Tatsache durch ein zumindest regelmäßig bewusst unwahres Bestreiten der beweisfähigen, aber nicht beweisbelasteten Partei beweisbedürftig geworden sein. Wenn dennoch die Beweismittelzurückhaltung möglich ist, nähme der Nemo-tenetur-Grundsatz so gegenüber der Wahrheitspflicht eine Vorrangstellung ein, die § 138 I ZPO weitgehend seiner praktischen Bedeutung beraubte; denn die Lüge verspräche gerade dann einen besonders großen Vorteil, wenn dem Gegner die Mittel zu ihrer Aufdeckung fehlen. Unter Geltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes ist § 138 I ZPO nicht nur aus dem Grund der fehlenden Aufklärbarkeit der Lüge, sondern schon aus Rechtsgründen eine bloße „Dekorationsnorm“.<sup>91</sup>

Nach dem Ausforschungsverbot sollen im Einzelfall vorhandene Aufklärungsmöglichkeiten der nicht beweisbelasteten Partei rechtfertigungslos ungenutzt bleiben – insbesondere solche, die nur mit gerichtlicher, und das heißt staatlicher Unterstützung nutzbar wären. Man muss sich klar machen, was das

<sup>85</sup> BGH NJW-RR 1986, 480, 482 („Druckbalken“).

<sup>86</sup> MüKo-BGB/*Habersack*, § 810 BGB Rn. 11. Vgl. auch *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 51 m. w. N. und 106.

<sup>87</sup> Mittlerweile hat allerdings auch der BGH klargestellt, dass prozessuale Grundsätze nicht den Umfang materiell-rechtlicher Ansprüche bestimmen können, vgl. BGH NJW-RR 2002, 1617, 1619 („Faxkarte“).

<sup>88</sup> Stein/Jonas-ZPO/*Althammer*, § 142 ZPO Rn. 9–11; Stein/Jonas-ZPO 2005/*Leipold*, § 142 ZPO Rn. 9; *Leipold*, in: Eckhardt/Kreft/Schilken u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walter Gerhardt, 563–585, 569; *Saenger*, ZZP 2008, 139–163, 151, 153.

<sup>89</sup> Stein/Jonas-ZPO/*Althammer*, § 142 ZPO Rn. 19–23; Stein/Jonas-ZPO 2005/*Leipold*, § 142 ZPO Rn. 21.

<sup>90</sup> BGH NJW 2017, 3304, 3307; BGH NJW 2014, 3312, 3313; Stein/Jonas-ZPO/*Althammer*, § 142 ZPO Rn. 9–11; *Prütting*, AnwBl 2008, 153–159, 158; *Uhlenbruck*, NZI 2002, 589–590, 590; *Saenger-ZPO/Wöstmann*, § 142 ZPO Rn. 4.

<sup>91</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 24ff., 31, Zitat dort 23.

heißt. Man erlaubt der nicht beweisbelasteten Partei, die ihr mögliche Sachverhaltsaufklärung selbst dann zu verweigern, wenn ihr einziges Motiv darin besteht, sich einer tatsächlich bestehenden Rechtspflicht zu entziehen. Es ist überraschend, dass man dieses Interesse für schutzwürdig halten kann.<sup>92</sup> In dieser Schärfe ist denn auch der Nemo-tenetur-Grundsatz zur Diskussion zu stellen. Wenn künftig vom Nemo-tenetur-Grundsatz die Rede ist, ist eine Regel des Inhalts gemeint, dass die nicht beweisbelastete Partei, soweit sie allein ein Beweismittel besitzt, die Sachverhaltsaufklärung scheitern lassen und das Gericht auf eine Beweislastentscheidung verweisen kann.

Daran wird wieder erkennbar: Die wertgeleitete Rechtfertigung möchte die Freiheit der Parteien unabhängig von tatsächlichen Auswirkungen schützen. Sollte die Freiheitsausübung im Einzelfall die Wahrheitsfindung kosten, ist das nach der wertgeleiteten Rechtfertigung der Preis, den eine freiheitliche Gesellschaft gern bezahlt.

Zusammenfassend ist also festzustellen: die Behauptung einer Kontinuität von der materiell-rechtlichen Privatautonomie zum prozessualen Beibringungsgrundsatz wird vom ganz überwiegenden Teil der Literatur anerkannt und von dessen größerem Teil genutzt, um kompensierende Eingriffe des Staates zu delegitimieren. Eine Freiheit der Parteien, über Informationen und Beweismittel in ihrem Besitz auch im Prozess zu verfügen, soll sie auch vor der staatlichen Verhängung von Nachteilen in Reaktion auf ihre Verfügungen schützen.

## 2. Privatautonomie braucht Infrastruktur

Angesichts der fast radikalen Stoßrichtung des Fortwirkungsstopos verwundert es nicht, dass in der Literatur Relativierungen versucht wurden. *Wagner* hebt auf die dienende Funktion des Prozessrechts ab, wenn er einen „Wertungszusammenhang“ zwischen materiellem und prozessualen Recht beschreibt,<sup>93</sup> der darin bestehen soll, dass materielles und prozessuales Recht dadurch „normativ verklammert“ sind, dass sie denselben Wertungen zum praktischen Durchbruch verhelfen sollen.<sup>94</sup> Eine derart abstrakte „Fortwirkung der Privatautonomie im Prozess“ dürfte allerdings mit der funktionalen Rechtfertigung zusammenfallen: Die Durchsetzung des materiellen Rechts verlangt Sachverhaltsaufklärung, soweit die materiell-rechtlichen Regelungen nichts anderes ergeben, denn es sollen die wirklich bestehenden Rechte durchgesetzt werden. Der Beibringungsgrundsatz ist also gerechtfertigt, soweit er wirksam Sachverhaltsaufklärung gewährleistet. Die Interpretation *Wagners* sät erste Zweifel an der Folgenunabhängigkeit der wertgeleiteten Rechtfertigung. Es muss daher untersucht werden, ob die materiell-rechtliche Privatautonomie wirklich sinn-

<sup>92</sup> *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 36, 44, 107.

<sup>93</sup> *Wagner*, Prozeßverträge, 625.

<sup>94</sup> *Wagner*, Prozeßverträge, 627.



voll die Freiheit der Parteien fordern kann, im Prozess Beweismittel zu ihren Gunsten zurückzuhalten. Kann Staatsferne ein Leitmotiv des Zivilprozesses sein, ohne dass ein solcher Zivilprozess mit anderen, vielleicht grundlegenden Aspekten der Privatautonomie in Konflikt geriete? Tatsächlich wird sich herausstellen, dass die Herleitung der Forderung nach Staatsferne bei der zivilprozessualen Tatsachenermittlung aus der Privatautonomie in die Nähe der Widersprüchlichkeit gerät.

Privatautonomie ist wie der Beibringungsgrundsatz ein Rechtsprinzip, das den ausdrücklich im Gesetz niedergelegten Vorschriften entnommen und zu ihrer Systematisierung und Auslegung genutzt wird.<sup>95</sup> Sein Inhalt ist unsicher und vielschichtig.<sup>96</sup>

Eine Annäherung an den Inhalt der Privatautonomie wird oft über Aufzählungen des Begriffs versucht. Aber natürlich kann man den Begriff entlang verschiedener Dimensionen spalten. Nach rechtlichen Wirkungsbereichen bilden dann Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit, Testierfreiheit und Vereinigungsfreiheit die Teile der Privatautonomie.<sup>97</sup> Versucht man die Grundwertungen der Privatautonomie offenzulegen, kann man zu einer „Dreifaltigkeit“ der Privatautonomie aus Willensherrschaft des Einzelnen, Konkurrenz der Individualinteressen und Ausgleich dieser Interessenkonflikte unter dem Gesichtspunkt rechtlicher Gleichheit kommen.<sup>98</sup> Wie man auch spaltet, die Unsicherheiten der Privatautonomie bleiben vielfältig. Verlangt Privatautonomie nur die Wirksamkeit erklärten Willens<sup>99</sup> oder ist auch die Vertrauenshaftung Korrelat der Privatautonomie?<sup>100</sup> Begnügt sich die Privatautonomie im Vertrag mit der *formellen* Gleichheit der Rechtsgenossen vor dem Gesetz<sup>101</sup> oder kann sich Privatautonomie nur unter Mindeststandards *materieller* Machtgleichheit der kontrahierenden Parteien realisieren<sup>102</sup>?<sup>103</sup> Angesichts der wertgeleiteten Recht-

<sup>95</sup> Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 6.

<sup>96</sup> Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 14: „zu einer Verständigung über ihren exakten Gehalt“ sei es nicht gekommen. Er zitiert damit Mayer-Maly, in: Lampe (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Recht, 268–285, 268, der seinerseits noch formuliert, das Verständnis von Privatautonomie sei „längst nicht so abgesichert, wie man nach dem bisherigen Diskussionsverlauf annehmen könnte“. Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 6: „Es gibt keine autoritative Definition der Privatautonomie, die sich allgemein durchgesetzt hätte.“

<sup>97</sup> Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 46; Palandt/Ellenberger, Überblick vor § 104 BGB Rn. 1.

<sup>98</sup> Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 1.

<sup>99</sup> Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 6; ausdrücklich und deutlich gegen die Ausweitung der Vertrauenshaftung Flume, AcP 1962, 52–76 (ganzer Aufsatz).

<sup>100</sup> Canaris, in: Canaris/Neuner/Grigoleit u. a. (Hrsg.), Gesammelte Schriften, 3–656, 512. Für einen knappen Einblick in diese Diskussion siehe Mayer-Maly, in: Lampe (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Recht, 268–285, 268–269.

<sup>101</sup> So in der Tendenz etwa Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 100.

<sup>102</sup> Überraschend deutlich Flume, in: Caemmerer (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 135–238, 140f.; ferner Schmidt-Rimpler, AcP 1941, 130–197, 157f. Fn. 34, lit. 1 und a. Von öffentlich-rechtlicher Seite zum Beispiel Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, Arti-

fertigung des Beibringungsgrundsatzes interessiert hier eine andere Dichotomie. Beschränkt sich Privatautonomie auf Staatsferne, so wie es die wertgeleitete Ansicht impliziert, oder verlangt Privatautonomie vom Staat die Bereitstellung einer Infrastruktur?

In den Motiven zum Schuldrecht heißt es gleich auf der ersten Seite: „Vermöge des Prinzips der Vertragsfreiheit, [...] können die Parteien ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen nach ihrem Ermessen mit obligatorischer Wirkung unter sich bestimmen, soweit nicht [...] Gesetzesvorschriften entgegenstehen.“<sup>104</sup> Hierin klingt ein Freiraum an, den der Staat dem Einzelnen im Rahmen seiner Gesetze belässt. Das korrespondiert mit Privatautonomie als Staatsferne. Der Private kann an der Stelle des Staates regeln.<sup>105</sup> Entsprechend ist Staatsferne geradezu als konsentrierte Minimaldefinition der Privatautonomie begriffen worden.<sup>106</sup> Aber aus dieser Stelle der Motive spricht vor allem der Gedanke der Selbstbestimmung. In ihm wird von vielen Autoren der normative Kern der Privatautonomie erkannt.<sup>107</sup> Der Wille des Privaten selbst legitimiere den Vertrag.<sup>108</sup> Privatautonomie sei „Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen“<sup>109</sup> und die „Anerkennung der Selbstbestimmung des Einzelnen in Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse“.<sup>110</sup> Privatautonomie bedeute gar, dass die Rechtssetzungskompetenz im Hinblick auf das Verhältnis der Vertragsparteien bei diesen liege, so dass ihre Willkür als Rechtsquelle anerkannt werde.<sup>111</sup> Besonders eingängig beschreibt *Flume* den Kern der Privatautonomie mit „Selbstherrlichkeit“. „Die Geltung des Grundsatzes der Privatautonomie

---

kel 2 GG Rn. 106, der mit dem BVerfG aus grundrechtlicher Schutzpflicht bei „gestörter Vertragsparität“ eine korrigierende Auslegung von Gesetz und Vertrag für angezeigt hält.

<sup>103</sup> Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 33 nennt diese Dichotomie das „Dilemma“ der Privatautonomie.

<sup>104</sup> *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1.

<sup>105</sup> BVerfGE NJW 1990, 1469, 1470; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 14, 19f.; *Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, Artikel 2 GG Rn. 101–102; *Ehrlicke*, *RabelsZ* 1996, 661–690, 664; *Grigoleit*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 51–78, 54; *Isensee/Kirchhoff/Isensee*, § 150 Privatautonomie Rn. 2.

<sup>106</sup> *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 14.

<sup>107</sup> *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 13; *Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, Artikel 2 GG Rn. 102; *Flume*, in: *Caemmerer* (Hrsg.), *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, 135–238, 136; *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15; *Grigoleit*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 51–78, 55; *Isensee/Kirchhoff/Isensee*, § 150 Privatautonomie Rn. 1, 12; *Podszun*, *Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte*, 258.

<sup>108</sup> *Isensee/Kirchhoff/Isensee*, § 150 Privatautonomie Rn. 13–15.

<sup>109</sup> *Flume*, in: *Caemmerer* (Hrsg.), *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, 135–238, 136, 138.

<sup>110</sup> *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15.

<sup>111</sup> *Grigoleit*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 51–78, 55. Zur Idee der Rechtssetzung durch privaten Willen kritisch aber *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 5, der meint, Private orientierten sich nicht am Rechtsgedanken, so dass die durch sie gesetzten Regeln auch nicht Recht sein könnten.

bedeutet die Anerkennung der ‚Selbstherrlichkeit‘ des Einzelnen in der schöpferischen Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse.<sup>112</sup>

Aber wie ist der Einzelne sich selbst Herr? Die richtige Antwort ist fast kantianisch: Er unterwirft sich seinen eigenen Regelungen. Damit stellt die Privatautonomie als Selbstbestimmung die Freiheit zur Selbstbindung ins Zentrum des Privatrechts.<sup>113</sup> Um die Selbstbestimmung zu verwirklichen, muss die Selbstbindung anerkannt<sup>114</sup> und praktisch wirksam werden.<sup>115</sup>

In diesem Zusammenhang ist längst erkannt worden, dass der Private in einem System des Gewaltmonopols für die Gewährleistung der praktischen Rechtswirksamkeit seines Willens notwendig auf den Staat angewiesen ist.<sup>116</sup> Die Privatautonomie kann sich nicht in der Gewährleistung von Staatsferne erschöpfen,<sup>117</sup> weil sie erst durch staatliche Ausgestaltung existiert.<sup>118</sup> Der Staat definiert die Verfügungsrechte, über die privatautonom disponiert werden kann. Der Staat gewährleistet den Schutz der Verfügungsrechte vor Eingriffen unberechtigter Dritter und erzeugt so erst einen klar umrissenen Gegenstand von Selbstverpflichtungen. Der Staat bildet Vertragstypen aus und erkennt durch seine Gerichte dogmatische Konstrukte an, welche die Selbstverpflichtung erst praktikabel machen.<sup>119</sup> Schließlich – und das ist entscheidend! – verleiht die staatliche Rechtsordnung der Willensbetätigung des Privaten erst die rechtliche Wirksamkeit,<sup>120</sup> so dass staatliche Institutionen etwa die Durchführung des Vertrags und den Schutz von Verfügungsrechten garantieren können.<sup>121</sup>

<sup>112</sup> Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 6.

<sup>113</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, Artikel 2 GG Rn. 101; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 17; Flume, AcP 1962, 52–76, 55; Flume, in: Caemmerer (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 135–238, 138; Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 17.

<sup>114</sup> Flume, AcP 1962, 52–76, 55; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 67.

<sup>115</sup> Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 7.

<sup>116</sup> Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 21, 52; Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 27; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1–2; Flume, in: Caemmerer (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 135–238, 136. Zur Staatsabhängigkeit des Vertrags als „commitment device“ Scott/Triantis, Case Western Reserve Law Review 2005, 187–201, 195. Auch BVerfG NJW 1974, 1499, 1500 und BVerfG NJW 1974, 299, 231 f. erkennen, dass eine wirksame Ausübung privater Vermögensrechte nur unter wirksamer Absicherung durch Verfahrensvorschriften gewährleistet ist.

<sup>117</sup> Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 78.

<sup>118</sup> Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 15; Flume, in: Caemmerer (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 135–238, 136; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1–2; Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 78–81.

<sup>119</sup> Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1–2; Flume, in: Caemmerer (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 135–238, 136.

<sup>120</sup> Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 28; Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 16.

<sup>121</sup> Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 20 f., 56.

Weil Privatautonomie nicht nur Staatsferne garantiert, sondern vor allem die Freiheit zur Selbstbindung und die wirksame Verfügung über eigene Rechte, kann sich die Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes nicht von der Realität isolieren. Unabhängig von der Reichweite eines etwaigen Optimierunggebots der Voraussetzungen der Privatautonomie<sup>122</sup> reicht der Schutz der Privatautonomie nur so weit, wie er dem Willen des Privaten praktische – und das heißt reale – Wirksamkeit verleiht. Diese praktische Wirksamkeit kann der private Wille nur erlangen, wenn an tatsächliche Umstände wirksam Rechtsfolgen geknüpft werden können. Die wertgeleitete Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes fällt damit mit der funktionalen insoweit zusammen, als die Durchsetzung der durch privaten Willensentschluss legitimierten subjektiven Rechte die Erfassung der Realität erfordert. Soweit dies der Fall ist, misst sich die Verwirklichung der Privatautonomie im Prozess primär an einer effektiven Sachverhaltsermittlung. Die wertgeleitete Rechtfertigung ist damit nicht geeignet, die Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes von dessen praktischer Wirksamkeit zu isolieren.<sup>123</sup> Die Privatautonomie fordert zur Durchsetzung der freiheitlich gestalteten Rechte Staatsferne oder staatliches Handeln, je nach dem, wodurch in der betreffenden Situation oder nach der Funktionsweise des anzuwendenden Verfahrens der Bestand dieser Rechte wirksamer aufgeklärt wird. Ihre Anweisung an den Zivilgesetzgeber ist damit in der von der wertgeleiteten Rechtfertigung behaupteten Generalität uneindeutig und liefert auf die Frage nach dem Verhältnis von Parteiherrschaft und Richtermacht keine generalisierende Antwort. Dies lässt sich im Deliktsrecht für den Aspekt der Verfügungsfreiheit und im Vertragsrecht für den der Vertragsfreiheit gut erkennen.

#### a) Verfügungsfreiheit

Effektive Aufklärung schützt die Verfügungsfreiheit. Sollte privates, willkürliches Handeln im Prozess die Sachverhaltsaufklärung behindern, kann die Verfügungsfreiheit daher nicht gegen eine staatliche Intervention zur Sachverhaltsaufklärung sprechen. Die Verfügungsfreiheit ist vor allem bedroht durch unberechtigte Eingriffe in das dem Privaten zugewiesene Recht. Einerseits bedeutet der Eingriff einen tatsächlichen Transfer ohne Verfügung des Berechtigten. Andererseits können Eingriffe Dritter die Rechtsposition des Berechtigten so aushöhlen, dass er über das Recht nicht mehr verfügen kann oder vielleicht gar nicht mehr weiß, worüber er genau verfügt. Damit wird eine effektive Durchsetzung subjektiver Rechte gegen Rechtseingriffe – vor allem also die Durchsetzung deliktischer Ansprüche – notwendige Voraussetzung der tatsächlichen Wirksamkeit von Verfügungsfreiheit. Diese effektive Rechtsdurchsetzung er-

<sup>122</sup> Isensee/Kirchhoff/Isensee, § 150 Privatautonomie Rn. 88. Dagegen *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 28; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 19.

<sup>123</sup> *Wagner*, Prozeßverträge, 632.

fordert Verifizierbarkeit des Rechtseingriffs und damit effektive Sachverhaltsaufklärung. Damit fällt für die Verfügungsfreiheit die wertgeleitete mit der funktionalen Rechtfertigung zusammen: Sowohl aus der Privatautonomie als auch aus der Funktion des Beibringungsgrundsatzes als Instrument effektiver Sachverhaltsaufklärung folgt, dass der Beibringungsgrundsatz nur insoweit gerechtfertigt ist, wie er die wirksame Sachverhaltsaufklärung gewährleistet.

### b) Vertragsfreiheit

Im Bereich der Rechtseingriffe bietet eine vertragliche Vereinbarung über die Sachverhaltsaufklärung im Prozess offensichtlich keine Lösung. Der Unfallverursacher fragt den Unfallgegner vor dem Unfall nicht, welchen Grundsätzen man den Schadensersatzprozess unterstellen will. Aber für den Bereich der Vertragsfreiheit wird das Argument dadurch verkompliziert, dass die Vertragsparteien ja grundsätzlich Mittel einer effektiven Sachverhaltsaufklärung hätten vereinbaren können, um ihrem Willen tatsächliche Wirksamkeit zu verschaffen. Man ist daher versucht, zu schließen, dass die Parteien Staatsferne wollten, wenn der Vertrag zur Sachverhaltsaufklärung im Falle eines Prozesses schweigt. Aber dieses Argument ignoriert Transaktionskosten. Transaktionskosten können auf unterschiedliche Weise zu unvollständigen Verträgen führen, so dass daraus, dass ein Vertrag verschiedene Sachverhalte<sup>124</sup> einer einheitlichen Lösung<sup>125</sup> unterwirft, nicht geschlossen werden kann, dass die Parteien eine Differenzierung nicht wollten.

Der Zweck von rechtlich durchsetzbaren, schuldrechtlichen Verträgen ist vor allem die Sicherung von Austausch über die Zeit.<sup>126</sup> In vielen Fällen wissen die Parteien bei Vertragsschluss, dass eine Partei nach Vertragsschluss in Versuchung geraten kann oder wird, gegen die Vereinbarung zu verstoßen, und schließen den Vertrag gerade deshalb – entweder um durch Ausschluss opportunistischen Verhaltens Investitionen erst zu ermöglichen oder um Risiko zum beiderseitigen Vorteil zu verteilen.<sup>127</sup> Ich würde behaupten, diese Gefahr des Opportunismus besteht in den allermeisten Fällen schuldrechtlicher Vertragsschlüsse. Der Gewährleistungsfall schafft einen Bedarf nach Sicherung von Austausch über die Zeit auch im Fall sofort vollzogener Austauschgeschäfte.

<sup>124</sup> Etwa solche, in denen der nicht beweisbelasteten Partei ein aussagekräftiges Beweismittel ohne weiteres zur Verfügung steht, und solche, in denen man den Sachverhalt aufwendig erforschen muss.

<sup>125</sup> Etwa der, dass in diesen Fällen nicht aufgeklärt wird.

<sup>126</sup> *Hermalin/Katz/Craswell*, in: Shavell/Polinsky (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, 3–138, 9ff.; *Schmolke*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 135–166, 138f.

<sup>127</sup> *Schwartz/Scott*, *Yale Law Journal* 2003, 541–619, 546. Zu Lösungen ohne Vertragsdurchsetzung aufgrund von langfristigen Vertragsbeziehungen oder Reputation vgl. *Hermalin/Katz/Craswell*, in: Shavell/Polinsky (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, 3–138, 122ff. Knapp auch *Schwartz/Scott*, *Yale Law Journal* 2003, 541–619, 546.

Besonders deutlich wird der Bedarf nach Sicherung von Austausch über die Zeit etwa bei Waretermingeschäften, die später notwendig von einer Partei bereut werden nämlich durch den, der später Ausgleich schuldet. Das eingängigere Beispiel ist aber vielleicht der Maßanzug zur einmaligen Hochzeit:<sup>128</sup> Ein Kunde einigt sich mit dem Schneider über die Anfertigung eines Maßanzugs zu des Kunden Hochzeit. Die Herstellung kostet den Schneider viele Stunden und er kann den Anzug später nur an den einen Kunden absetzen, weil er nur diesem passt (seine Investitionen in die Vertragsbeziehung sind vertragspezifisch). In dieser Situation hat der Kunde einen Anreiz, nach Fertigstellung des Vertrags nachzuverhandeln, um den Preis zu senken. Käme es zur Nachverhandlung, wäre der Schneider zu einer Preissenkung bereit, denn der Anzug ist für ihn nichts wert (er kann ihn anderweitig nicht verkaufen) und seine Investitionen sind schon versenkt, so dass sie seine Preissetzung nicht beeinflussen. Weil der Schneider das vorhersieht, wird er Vorkasse verlangen. Dazu wäre aber der Kunde nicht bereit, denn er begäbe sich seines Druckmittels und wäre seinerseits anfällig für opportunistisches Verhalten des Schneiders – etwa Trödelei. Der Austausch käme daher – zumindest unter Geltung des Gewaltmonopols – ohne staatliche Durchsetzung nicht zu Stande, obwohl durch ihn beide Parteien profitierten. Der in den Vertrag gegossene Wille der Parteien kann also unter Geltung des Gewaltmonopols erst praktisch wirksam werden, wenn der Staat das vertragskonforme Verhalten auch im Moment der Versuchung sicher gewährleistet. Der gebundene Vertragsteil will seine eigene Bindung durch den Staat, weil erst sie ihm die Teilnahme an vorteilhaftem Austausch ermöglicht.<sup>129</sup> Die Durchsetzung rechtlicher Bindung ist in diesem Kontext Freiheitssicherung und vornehmste staatliche Aufgabe.<sup>130</sup> Sie ist weder immer staatsfern noch immer intervenierend, sondern vor allem wirksam zu erfüllen.

Soweit der Vertrag wirkt, sind die Parteien ihre eigenen Gesetzgeber. Aber sie können Rechtsfolgen nur an Situationen knüpfen, die im Moment der gerichtlichen Vertragsdurchsetzung auch überprüfbar vorliegen, mithin „verifizierbar“ sind.<sup>131</sup> Die Verifizierbarkeit von Umständen beschreibt – soweit die Regelungen rechtlich zulässig sind – die praktische Reichweite der Kompetenz

---

<sup>128</sup> Das Beispiel findet sich ohne Maßanzug, dafür mit klarerer Schilderung des Opportunismus bei Nachverhandlung bei *Schwartz/Scott*, Yale Law Journal 2003, 541–619, 560–561 und mit Maßanzug bei *Schmolke*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 135–166, 138.

<sup>129</sup> *Schwartz/Scott*, Yale Law Journal 2003, 541–619, 562.

<sup>130</sup> *Schwartz/Scott*, Yale Law Journal 2003, 541–619, 546–547.

<sup>131</sup> *Hermalin/Katz/Craswell*, in: Shavell/Polinsky (Hrsg.), Handbook of Law and Economics, 3–138, 12; *Posner*, Yale Law Journal 2003, 829–880, 855, 857; *Scott/Triantis*, Case Western Reserve Law Review 2005, 187–201, 191, 195. Ob dies auch gilt, wenn die Parteien sich festlegen können, nicht nachzuverhandeln und ob eine solche Festlegung rechtlich möglich ist, ist in der Literatur umstritten, vgl. *Hermalin/Katz/Craswell*, in: Shavell/Polinsky (Hrsg.), Handbook of Law and Economics, 3–138, 82; *Posner*, Yale Law Journal 2003, 829–880, 863.

der „privaten Gesetzgeber in eigener Sache“. Eine Ausweitung der Menge verifizierbarer Umstände geht damit unmittelbar mit einer Ausweitung der Menge regelbarer Sachverhalte einher. Aufklärung dient so unmittelbar der Privatautonomie als Willenswirksamkeit: Je mehr Sachverhalte verifizierbar sind, desto mehr Sachverhalte können private Parteien vertraglich ihrem übereinstimmenden Willen unterwerfen. Wieder steht die Privatautonomie damit weder auf der Seite der Staatsferne noch auf der Seite der Intervention. Sie steht auf der Seite der Aufklärung. Je nachdem, wie wirksamer aufgeklärt wird, verlangt sie Staatsferne oder Intervention. Wieder fällt damit die wertgeleitete Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes mit der funktionalen Rechtfertigung zusammen. Sowohl die wertgeleitete Rechtfertigung als auch die funktionale legitimieren den Beibringungsgrundsatz nur, soweit er wirksam Sachverhaltsaufklärung gewährleistet und so den Raum verifizierbarer – und damit kontrahierbarer – Umstände ausweitet.

### *c) Zusammenfassung*

Gegen die hier vorgetragene Analyse greift der Einwand nicht, es sei unzulässig, die Wirksamkeit eines Vertrags oder die Inhaberschaft eines Verfügungsrechts zu unterstellen, um dann zu folgern, dass die Feststellung eben dieses Vertrags oder Verfügungsrechts seiner jeweiligen Durchsetzung am besten diene. Die Erforschung des wirklichen Sachverhalts dient auch dem unberechtigt Verklagten. Es ist eine andere, und eigenständig zu behandelnde, Frage, ob die Erforschung der Realität die Parteien im Einzelfall belastet und wie man etwa den unberechtigt Verklagten gegen diese Belastung schützen will. Aber diese Nachteile der Sachverhaltserforschung können zu ihren Vorteilen erst dann in Beziehung gesetzt und zwischen ihnen ein Ausgleich gefunden werden, wenn zunächst die Vorteile der Sachverhaltsfeststellung klar formuliert sind. Und zu diesen Vorteilen gehört, dass eine wirksame Sachverhaltsfeststellung zentral ist, um dem privaten Willen der Parteien praktische Rechtswirksamkeit zu verleihen. Der Prozess klärt erst den Sachverhalt, den der Richter seiner Entscheidung zu Grunde legt. Bis zur Entscheidung über den Sachverhalt muss er zu jeder Zeit offen bleiben für alle noch möglichen Welten.<sup>132</sup> Aber diese Offenheit erreicht der Prozess in erster Linie durch Sachverhaltsaufklärung und nicht durch pauschalen Ausschluss von Erkenntnismöglichkeiten unter Verweis auf einzelne grundgesetzliche Wertungen.

Das hier vorgetragene Argument lässt sich auf die knappe Formel bringen: Die wertgeleitete Rechtfertigung begibt sich in die Nähe eines Widerspruchs, wenn sie einerseits das Prinzip der Privatautonomie in Anspruch nimmt, das vertraglichen Selbstbindungen und Verfügungen unmittelbar aus dem Willen rechtliche Geltung verleiht, und dann andererseits erlaubt, dieser selbstherr-

<sup>132</sup> Diese schöne Formulierung verdanke ich Moritz Brinkmann.

lichen Rechtsgestaltung ihre Geltung im Prozess durch einseitige Disposition über Beweismittel und Information wieder zu nehmen. Ein Nemo-tenetur-Grundsatz baut in jede privatautonome Selbstbindung zufällig beweisrechtliche Hintertüren. Das ist kein Schutz der Privatautonomie. *Cahn* hat überzeugend herausgearbeitet, dass Dispositions- und Beibringungsgrundsatz, wenn sie Korrelate der Privatautonomie sind, allenfalls so weit reichen können, wie die Privatautonomie im materiellen Recht.<sup>133</sup> Der Beibringungsgrundsatz kann den Parteien nicht im Prozess Freiheit verleihen, die sie vor dem Prozess nicht privatautonom erworben oder derer sie sich vor dem Prozess privatautonom begeben hatte.<sup>134</sup> Eine recht verstandene wertgeleitete Rechtfertigung fällt daher mit der funktionalen Rechtfertigung zusammen. Der Beibringungsgrundsatz ist gerechtfertigt, weil und soweit er ein effektives Mittel der Sachverhaltsaufklärung ist.

### 3. Der Justizgewähranspruch und der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz

Unterstützend ergibt sich auch aus weiteren grundrechtlichen Wertungen, dass eine wertgeleitete Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes mit der funktionalen zusammenfällt und den Beibringungsgrundsatz nur legitimiert, soweit er ein Mittel effektiver Sachverhaltsaufklärung darstellt.

Der Zweck des Zivilprozesses ist nach nahezu einhelliger Ansicht die Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte.<sup>135</sup> Mit der Bereitstellung des Zivilprozesses wird für das Gebiet des Zivilrechts der Justizgewähranspruch eingelöst: Der Justizgewähranspruch garantiert jedem subjektiv Berechtigten ein Verfahren zur Durchsetzung seiner Rechte. Er liegt im Kernbereich staatlicher Legitimation.<sup>136</sup> Der Justizgewähranspruch wird als Kehrseite des mit dem Gewaltmonopol des Staates einhergehenden Selbsthilfeverbots gedeutet.<sup>137</sup> Ein vernünftiger freier Mensch würde sich nur dann freiwillig seines Selbsthilferechts begeben und sich einem staatlichen Gewaltmonopol unterwerfen, wenn

<sup>133</sup> *Cahn*, AcP 1998, 35–71, 39f.; *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 28.

<sup>134</sup> *Cahn*, AcP 1998, 35–71, 39f.; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 115.

<sup>135</sup> *Fervers*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny u. a. (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, 85–97, 96; *Kaplow*, Stanford Law Review 2015, 1303–1371, 1307; *Musielak/Voit/Musielak*, Einleitung Rn. 1, 5; *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 8 (nennt auch „Gestaltung“); *Saenger-ZPO/Saenger*, Einführung Rn. 3, 16; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 49–50 (betont auch den Schutz vor unberechtigter Inanspruchnahme).

<sup>136</sup> *Wagner*, JZ 2007, 706–719, 711.

<sup>137</sup> *Heinze*, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 515–543, 518; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 2; *Musielak/Voit/Musielak*, Einleitung Rn. 6; *Paulus*, Zivilprozessrecht, Rn. 24; *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 8; *Saenger-ZPO/Saenger*, Einführung Rn. 3; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 40; *Wagner*, JZ 2007, 706–719, 711.



der Staat ihm verspräche, seine Rechte künftig wirksam für ihn geltend zu machen. Dem durch Gesellschaftsvertrag vermittelten Gewaltmonopol würde sich ein potenzieller Bürger dagegen nicht unterwerfen, wenn der Staat ihm in Aussicht stellte, er werde sich vorbehalten, die Rechte des Bürgers zufällig nicht durchzusetzen.

Das Bundesverfassungsgericht leitet parallel dazu den Anspruch auf effizienten Rechtsschutz durch Zivilgerichte unmittelbar aus Art. 14 GG her.<sup>138</sup> Die Gerichte sind als staatliche Organe verpflichtet, das Verfahren so zu handhaben, dass das Eigentumsgrundrecht, und das bedeutet alle vermögenswerten Rechte,<sup>139</sup> wirksam geschützt bzw. durchsetzbar sind.<sup>140</sup> Daraus folgert das Bundesverfassungsgericht auch, dass es den Gerichten verwehrt ist, die Durchsetzung einer Rechtsposition dadurch zu verunmöglichen, dass unerreichbare Darlegungs- und Beweisanforderungen aufgestellt werden.<sup>141</sup> Im Einzelfall soll es daher erforderlich sein, diese Anforderungen abzusenken, wenn der Erfolg im Prozess andernfalls allein von der freiwilligen Mitwirkung anderer abhängig wäre.<sup>142</sup>

Einfachrechtlich münden diese Wertungen in eine besondere Offenheit des Prozessrechts für die Wertungen des materiellen Rechts. Es gilt der Grundsatz der „materiellrechtsfreundlichen Auslegung“: Im Zweifel ist so auszulegen, dass ein Rechtsverlust vermieden wird.<sup>143</sup> Eine Verfahrenshandhabung, bei der das materielle Recht gar nicht mehr durchsetzbar ist, ist dem Gericht verwehrt.<sup>144</sup>

Würde das deutsche Prozessrecht die Durchsetzung dieser subjektiven Rechte trotz tatsächlich bestehender Aufklärungsmöglichkeiten ohne ausreichende Rechtfertigung im Einzelfall von der zufälligen Verteilung von Beweismitteln abhängig machen, würden Berechtigte, die sich in Beweisnot befinden, aber

<sup>138</sup> BVerfG NJW 1974, 299, 231 f.; BVerfG NJW 1974, 1499, Leitsatz und 1501 f.; *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 189 f.; *Dürig/Herzog/Scholz/Papier/Shirvani*, Art. 14 GG Rn. 127 ff., 132.

<sup>139</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Papier/Shirvani*, Art. 14 GG Rn. 160.

<sup>140</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Papier/Shirvani*, Art. 14 GG Rn. 128.

<sup>141</sup> BVerfG NJW 1974, 1499, 1501 f.

<sup>142</sup> BVerfG NJW 1974, 1499, 1501.

<sup>143</sup> *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 13; *Saenger-ZPO/Saenger*, Einführung Rn. 16, 18; *Zöller/Vollkommer*, Einleitung Rn. 53. Kritisch zur dienenden Funktion des Prozessrechts aber *Paulus*, Zivilprozessrecht, Rn. 9 ff.

<sup>144</sup> BVerfG NJW-RR 1993, 1485 („verpflichten die Fachgerichte [...] den Rechtsschutz nicht [...] von einer unzumutbar strengen Handhabung der Verfahrensvoraussetzungen abhängig zu machen.“); BGH NJW 2009, 1280, 1282 („dem Richter ist es verwehrt durch übermäßig strenge Handhabung verfahrensrechtlicher Schranken, den Anspruch auf gerichtliche Durchsetzung des materiellen Recht unzumutbar zu verkürzen.“); NJW-RR 2010, 357 („Die [...] Auslegung [...] verletzt den Kl. in seinem Anspruch auf Gewährung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes, weil ihm durch diese Handhabung einer verfahrensrechtlichen Vorschrift sein Anspruch auf Durchsetzung des materiellen Rechts in unzumutbarer Weise erschwert wird.“). *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 88 ff., 91 f.; *Saenger-ZPO/Saenger*, Einführung Rn. 18.

tatsächlich zufällig rechtlos gestellt. Genau das bewirkte ein Nemo-tenetur-Grundsatz, der per se – und das heißt unabhängig von den Umständen des Einzelfalls – anordnete, dass insbesondere die nicht beweisbelastete Partei wie im Strafprozess ein Recht auf Schweigen hat. Ein solches Schweigerecht im Zivilprozess ist unvereinbar mit dem Versprechen des Staats, dem Bürger für den Verzicht auf sein Selbsthilferecht die wirksame Durchsetzung seiner Rechte zu garantieren. Hieraus ergäbe sich ein Wertungswiderspruch zwischen Grundgesetz und Zivilprozessordnung für den Fall, dass der Zivilprozess tatsächlich strukturell dann keine Sachverhaltsaufklärung ermöglicht, wenn nur die nicht beweisbelastete Partei über Beweismittel verfügt.<sup>145</sup> Denselben Punkt kann man, wenn auch vielleicht weniger präzise, mit mehr Nachdruck formulieren: Der Zivilprozess soll den privaten Konflikt „zwischen den Parteien nicht auf beliebige Weise [beenden], sondern auf gerechte Weise. Und gerecht kann nur ein Urteil sein, das auf der (materiellen) Wahrheit beruht.“<sup>146</sup>

*Prütting* hat gegen die Folgerung von dogmatischen Innovationen zur Behebung dieses Wertungswiderspruchs zwischen Grundgesetz und fehlender Aufklärung eingewandt, dass man eine zur Analogie berechtigende Gesetzeslücke im einfachen Recht allein zeigen müsse, weil der weite Spielraum, den der Gesetzgeber bei der einfachgesetzlichen Ausfüllung der Verfassung genieße, eine Vielzahl von Regelungsmöglichkeiten erlaube. Erst wenn diese Ausgestaltung in sich widersprüchlich sei, liege eine Wertungslücke vor.<sup>147</sup> Dem kann nicht gefolgt werden. Dem Gesetzgeber mag ein weiter Spielraum eingeräumt sein. Aber er darf die Grenzen des ihm gewährten Spielraums nicht überschreiten. Tut er das, so sind die betreffenden Normen zunächst so auszulegen, dass sich das einfache Recht im Rahmen der Verfassung hält. Ein Nemo-tenetur-Grundsatz, der die Sachverhaltsaufklärung systematisch verhindert, wenn allein die nicht beweisbelastete Partei über Beweismittel verfügt, würde sich, soweit auf der Grundlage des geltenden Prozessrechts Sachaufklärung ohne das Schweigerecht möglich wäre, in Gegensatz zum Justizgewähranspruch stellen.<sup>148</sup> Eine Wertung, die ein abstrakt-generelles Schweigerecht unabhängig von konkret belegten berechtigten Geheimhaltungsinteressen rechtfertigen könnte, ist nicht in Sicht – zumal die Privatautonomie, wie gezeigt wurde, nicht zur Rechtferti-

<sup>145</sup> Dieser Wertungswiderspruch ist Grundlage der „Wertungslücke“, die *Stürner* mit der von ihm vorgeschlagenen Analogie zur Begründung eines allgemeinen prozessualen Aufklärungsanspruch füllen will, *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 29ff. Ebenso *Wagner*, JZ 2007, 706–719, 711.

<sup>146</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 44, vgl. auch 46. Ebenso *Stein*, Foundations of Evidence Law, 8; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 50ff.

<sup>147</sup> MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 133; *Prütting*, AnwBl 2008, 153–159, 157; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 138.

<sup>148</sup> Dass eine solche prozessrechtskonforme Aufklärung unter dem Beibringungsgrundsatz auch in diesen Fällen möglich ist, soweit ein Schweigerecht nicht besteht, zeigt die vorliegende Arbeit unten unter § 7 III. 1.

gung taugt. Ein Nemo-tenetur-Grundsatz, mit dessen Hilfe die nicht beweisbelastete Partei, soweit ihrem Gegner Beweismittel fehlen, Aufklärung generell verhindern kann, ist damit im Zivilprozess nicht haltbar.

#### 4. Der legitime Steuerungsanspruch des Gesetzgebers

Auch der durch die verfassungsmäßige Kompetenzordnung abgesicherte Steuerungsanspruch des Gesetzgebers legt nahe, dass eine wertgeleitete Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes diesen nur so weit legitimiert, wie er wirksam aufklärt. In jüngerer Zeit hat sich im Zivilrecht ein Paradigmenwechsel ereignet, der das Prozessrecht in seiner dienenden Funktion nicht unberührt lassen kann. Der Gesetzgeber verfolgt in einer „Wende zum Privatrecht“<sup>149</sup> zunehmend auch mit Zivilgesetzen eine Beeinflussung der (sozialen) Realität.<sup>150</sup>

Oft ist dieser Einsatz des Privatrechts zu Präventions- und Steuerungszwecken durch europäische Rechtsakte motiviert.<sup>151</sup> Der EuGH verordnete den nationalen Rechtsordnungen etwa zur effektiveren Rechtsdurchsetzung Ansprüche des Einzelnen auf Ersatz der Schäden aus Kartellrechtsverletzungen oder Verletzungen der Qualitätsnormverordnung.<sup>152</sup> In der Literatur wird aus denselben Überlegungen eine Haftung für Kapitalmarktmanipulation gefordert.<sup>153</sup> Im Zuge der europäischen Harmonisierung von Teilen des Privatrechts hat der nationale Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes in der prozessrechtlichen Ausprägung des allgemeinen europäischen Prinzips des *effet utile* eine europäische – und eher vom Steuerungsgedanken kommende – Entsprechung gefunden: Nach dem europäischen Prinzip der Effektivität darf das nationale Recht, insbesondere das Prozessrecht, „die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“.<sup>154</sup> Aus diesen Gedanken soll sich ein Verbot des Wortformalismus

<sup>149</sup> *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 96. Kritisch zu diesem Ausdruck *Kühne*, AcP 2016, 810–816, 811, der die Aufnahme gesellschaftspolitischer Ziele ins Privatrecht eher als „Wende weg vom Privatrecht“ empfindet.

<sup>150</sup> Vgl. etwa offen § 1 AGG, dazu im Einzelnen *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 98 ff.

<sup>151</sup> Infolge der Umsetzung europäischer Rechtsakte im Antidiskriminierungsrecht (insbesondere von Arbeitnehmern), *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 389–404; in der Durchsetzung von europäischem Wettbewerbsrecht, *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 404–410; in der Staatshaftung wegen Verstoßes gegen Unionsrechtsakte, *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 410–413; in der privatrechtlichen Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Vorschriften, *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 184; *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 413–418. Auch: *Wagner*, in: Auer/Grigoleit/Hager u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, 281–318, 288.

<sup>152</sup> In den Entscheidungen EuGH Entscheidung vom 20.9.2001 in Rs. C-453/99 (*Courage*), Rn. 26 und Entscheidung vom 17.9.2002 in Rs. C-253/00 (*Munoz*), Rn. 32, dazu *Poelzig*, ZGR 2015, 801–848, 811.

<sup>153</sup> *Poelzig*, ZGR 2015, 801–848, 801 ff.

<sup>154</sup> *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 413, dort auch Zitat mit Nachweisen. Auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 181.

ergeben, mit dem eine besondere Bedeutung der teleologischen Auslegung korrespondiert, bei der „Sachdienlichkeit, Praktikabilität und Prozessökonomie“ besonders berücksichtigt werden sollen.<sup>155</sup>

Aber auch für lang bestehende Rechtsinstitute, die entweder rein national entstanden sind oder deren europäische Veranlassung weiter zurückliegt, entdeckt die Literatur zunehmend verhaltenssteuernde Zwecksetzungen.<sup>156</sup> Der Gesetzgeber hat das Zivilrecht etwa mit dem Abzahlungsgesetz<sup>157</sup> oder dem UWG<sup>158</sup> zwar schon früh ausdrücklich zu Steuerungszwecken eingesetzt und tut es heute, etwa mit der Mietpreisbremse,<sup>159</sup> noch immer. Aber nun erkennt die Literatur, dass sich auch Kernbereiche des Zivilrechts, wie das Recht der Vertragsstrafe, das Publizitätsprinzip, die Regeln über den gutgläubigen Erwerb<sup>160</sup> und das Haftungs- und Deliktsrecht<sup>161</sup> im Lichte der Folgen, die sie in der Realität zeitigen, stimmig erklären und auslegen lassen. Gerhard Wagner hat nachgewiesen, dass das Zivilrecht verhaltenssteuernde, präventive Zwecke durchaus als legitime Aufgabe verfolgt.<sup>162</sup> Gerade unter jüngeren Autoren hat der Präventions- oder Steuerungsgedanke im Zivilrecht breite Gefolgschaft gefunden.<sup>163</sup> Die offensichtlich eintretenden tatsächlichen Folgen der Privatrechtssetzung und Privatrechtsanwendung können nicht einfach mit Verweis auf die Privatautonomie ignoriert werden, sondern sie müssen in die wertende Betrachtung

<sup>155</sup> Saenger-ZPO/Saenger, Einführung Rn. 18.

<sup>156</sup> Im Bereicherungsrecht Wagner, AcP 2006, 352–476, 364–368; im Verbraucherschutzrecht, zu § 241a BGB Wagner, AcP 2006, 352–476, 369, zu § 661a BGB Wagner, AcP 2006, 352–476, 370f.; im Recht der Beraterhaftung Wagner, AcP 2006, 352–476, 371–373; im Immaterialgüterrecht, zur dreifachen Schadensberechnung Wagner, AcP 2006, 352–476, 373, zur doppelten Lizenzgebühr der GEMA-Rechtsprechung Wagner, AcP 2006, 352–476, 376–378; im Recht der Haftung für Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Wagner, AcP 2006, 352–476, 380–387; im Recht von Vertragsstrafe und Verzugszinsen Wagner, AcP 2006, 352–476, 386–388.

<sup>157</sup> Bruns, JZ 2007, 385–394, 386.

<sup>158</sup> Podszun, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 101.

<sup>159</sup> Wagner, in: Auer/Grigoleit/Hager u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, 281–318, 295–296.

<sup>160</sup> Wagner, AcP 2006, 352–476, 426–430.

<sup>161</sup> Wagner, AcP 2006, 352–476, 451–476. Ferner das Gesamteigentum, Wagner, in: Auer/Grigoleit/Hager u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, 281–318, 303, das Ortsüblichkeitskriterium Wagner, in: Auer/Grigoleit/Hager u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, 281–318, 300, oder die wirtschaftliche Unmöglichkeit, Wagner, in: Auer/Grigoleit/Hager u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, 281–318, 318.

<sup>162</sup> Wagner, AcP 2006, 352–476, 363–364, 431.

<sup>163</sup> Exemplarisch und sicher nicht erschöpfend seien Habilitationsschriften genannt, die den Steuerungsgedanken im Privatrecht zustimmend ins Zentrum ihrer Arbeit stellen: Bechtold, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht; Franck, Marktordnung durch Haftung; Möslein, Dispositives Recht; Podszun, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte; Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht; Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht; Tröger, Arbeitsteilung und Vertrag. Ferner zustimmend: Grundmann, in: Auer/Grigoleit/Hager u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, 907–948, 947–948.

miteinbezogen werden.<sup>164</sup> Das Zivilrecht mag zwar nicht den Zweck der Vergeltung von Unrecht verfolgen. Es kann aber durchaus – durch Vermittlung von Anreizen – den Zweck der Verhütung von Unrecht verfolgen.<sup>165</sup> In der Verfassung spricht nichts gegen steuerndes Privatrecht und es ist zu Recht geradezu „absurd“ genannt worden zu fordern, der Staat müsse für die Folgen seiner Privatrechtssetzung blind sein.<sup>166</sup> Die drei Teilrechtsordnungen nehmen eine einheitliche Steuerungsaufgabe wahr und bieten dem Gesetzgeber hierzu lediglich unterschiedliche Instrumente.<sup>167</sup> Auf das Argument, jegliche Sanktion könne vom Staat nur unter Wahrung der strafprozessualen Schutzmechanismen verhängt werden, ist mit *Wagner* zu entgegnen, dass dies nur für Sanktionen zur Vergeltung gilt.<sup>168</sup> Als verfassungsrechtliche Grenze der Verfolgung von Steuerungszwecken mit Hilfe des Privatrechts bleiben so lediglich die Grundrechte.<sup>169</sup> Dem Gesetzgeber – und in dem von ihm vorgegebenen Rahmen auch den Gerichten – ist es damit unbenommen, die Vorteile der Verhaltenssteuerung durch Privatrecht zu heben. Diese liegen vor allem in der Nutzung privater Information,<sup>170</sup> in der Einsparung von Verwaltungskosten<sup>171</sup> und in der Möglichkeit grenzüberschreitender Wirkung<sup>172</sup>.

Was bedeutet die Nutzung des Privatrechts als Steuerungsinstrument für die Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess? Öffentliche Belange wie die Bewährung der Rechtsordnung oder die Rechtsfortbildung<sup>173</sup> lehnen die meisten Autoren – außer in Sonderkonstellationen<sup>174</sup> – als primäre Zwecke des Zivilprozesses ab: Rechtsfrieden, Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung bezwecke der Zivilprozess nicht, sie seien nur reflexhafte Folgen der Rechtsdurchsetzung.<sup>175</sup> Aber das bedeutet nicht, dass öffentliche Belange, die den Ge-

<sup>164</sup> *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 424–426.

<sup>165</sup> *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 360–364.

<sup>166</sup> *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 431 f. spricht ausdrücklich von „absurd“, inhaltlich genauso *Schäfer* JZ 2005, 981, 986.

<sup>167</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 7; *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 432.

<sup>168</sup> BGH NJW 2003, 3620 f. (§ 661a BGB ist keine Sanktion), bestätigt durch BVerfG NJW 2004, 762.; BVerfG NJW 1973, 1221, 1226 (Schmerzensgeld ist keine Strafe), bekräftigt von BGH NJW 2005, 215 f. (Schmerzensgeld stellt trotz Relevanz des Präventionsgedankens keine Strafe dar). BVerfG, NJW 1994, 647 f. (§ 611a BGB ist verfassungsgemäß und nach Präventionszweck auszulegen). *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 433.

<sup>169</sup> *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 434. Vgl. auch die sorgfältige Ausarbeitung dieses Gedankens bei *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 265 ff.

<sup>170</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 184; *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 446 f.

<sup>171</sup> *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 447–449.

<sup>172</sup> *Wagner*, AcP 2006, 352–476, 449.

<sup>173</sup> Musielak/Voit/*Musielak*, Einleitung Rn. 5; MüKo-ZPO/*Rauscher*, Einleitung Rn. 8; Saenger-ZPO/*Saenger*, Einführung Rn. 3.

<sup>174</sup> Etwa Verbandsklagen, MüKo-ZPO/*Rauscher*, Einleitung Rn. 9; Saenger-ZPO/*Saenger*, Einführung Rn. 4.

<sup>175</sup> Saenger-ZPO/*Saenger*, Einführung Rn. 4; uneindeutig Musielak/Voit/*Musielak*, Einleitung Rn. 5. Anders MüKo-ZPO/*Rauscher*, Einleitung Rn. 8, 9, der diese Werte immerhin für mittelbare Prozesszwecke hält.

setzgeber bewogen haben, steuerndes Privatrecht zu setzen, im Prozess wirkungslos sind.

Ein zentraler Grund, warum der Gesetzgeber das Zivilrecht als Steuerungsinstrument wählt, ist, dass er zur Erreichung seiner Ziele Informationen aktivieren muss, die bei Privaten liegen.<sup>176</sup> Das ist unproblematisch, wenn die Informationen bei jeder betroffenen Partei vollständig vorliegen oder wenn zumindest der Akteur, dem der Gesetzgeber den betreffenden Anspruch verleiht, alle Informationen hat. Sind aber Teile der Information über verschiedene Akteure verteilt, ist die Effektivität der gesetzgeberischen Steuerung davon abhängig, dass der Zivilprozess ein Verfahren anbietet, um diese Information von den verschiedenen Akteuren einzusammeln und zu einem vollständigen Bild zusammenzusetzen. Die durch das materielle Recht verfolgten Steuerungsziele können allein durch den Zivilprozess realisiert werden. Die Antizipation des Prozessergebnisses leitet das Verhalten der Parteien vor dem Prozess. Soweit das materielle Recht Steuerungsziele verfolgt, muss der Prozess daher auf die Steuerungsziele ausgerichtet werden.<sup>177</sup> Das gilt sicher *de lege ferenda*. Aber im Rahmen der Auslegungsspielräume, die im Zivilprozessrecht – wie die im Prozessrecht besonders entwickelte Argumentation mit Maximen bezeugt<sup>178</sup> – groß sind, wirkt diese nicht mehr ganz neue Wertung des materiellen Rechts schon heute *de lege lata* ins Prozessrecht.

Aufgrund der im Prozessrecht angelegten und durch europäische Grundsätze verstärkten Verknüpfung von materiellem und prozessuellem Recht durch den Grundsatz der materiellrechtsfreundlichen Auslegung<sup>179</sup> kann die Lesart des materiellen Rechts als Steuerungsinstrument die Anwendung des Prozessrechts nicht unberührt lassen. Wenn und soweit das materielle Zivilrecht Verhalten steuert, muss auch die Auslegung des Zivilprozessrechts Rücksicht auf die Steuerungszwecke des Gesetzgebers nehmen.<sup>180</sup> Eine Auslegung des Zivilprozessrechts als „unpolitische“, nur formelle Rechtsmaterie, kann dann nicht aufrechterhalten werden.<sup>181</sup> Vielmehr ist anzuerkennen, dass der Zivilprozess nicht bloß der Durchsetzung schon verletzter oder konkret bedrohter subjektiver Rechte dient, sondern auch ihrem präventiven Schutz. Das materielle Recht setzt im Zusammenspiel mit dem Prozessrecht Anreize für künftiges Verhalten.<sup>182</sup>

<sup>176</sup> Wagner, AcP 2006, 352–476, 446f.

<sup>177</sup> Wagner, ZEuP 2008, 6–31, 31.

<sup>178</sup> Vgl. etwa Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129–3134, 3131.

<sup>179</sup> Thole, JR 2011, 327–334, 333: „das frühere Trennungsdogma, das zwischen materiellem Recht und Prozessrecht scharf trennt, ist durchbrochen.“

<sup>180</sup> Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 657; Wagner, ZEuP 2008, 6–31, 14f., 31. Zurückhaltender Podszun, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 280ff.

<sup>181</sup> Wagner, ZEuP 2008, 6–31, 13.

<sup>182</sup> Kaplow, Stanford Law Review 2015, 1303–1371, 318: „This part [...] will continue to focus on settings in which the core function of the legal system is to provide incentives for appropriate ex ante behavior.“

Der Steuerungsansatz im Zivilprozess wertet die Erfassung der Wirklichkeit und damit die Bedeutung der Wahrheit im Zivilprozess auf. Wer zivilprozessuale Rechtsregeln auslegt, muss – wie immer bei der Auslegung – auch in Betracht ziehen, welche Ziele die relevante Norm verfolgt.<sup>183</sup> Die Zweck-Mittel-Relation, die so beschrieben ist, aktualisiert sich in der Welt des Seins. Die Auslegung soll das Ziel des Gesetzgebers *tatsächlich* fördern. Daher ist es für das teleologische Argument unerlässlich, den sozialen Prozess, der Gegenstand des gesetzgeberischen Steuerungsanliegens ist, zu verstehen.<sup>184</sup> Soweit ein Schweigerecht für den Steuerungsadressaten die Rekonstruktion der Wirklichkeit erheblich erschwert, müssen gewichtige Wertungen in Anschlag gebracht werden, um die prozessuale Vereitelung eines grundrechtskonformen gesetzgeberischen Steuerungsanliegens zu rechtfertigen. Die Ausführungen unter § 2 III. 2. haben gezeigt, dass die Privatautonomie diese rechtfertigende Wertung nicht bietet. Auch der legitime Steuerungsanspruch des Gesetzgebers spricht also dafür, dass eine wertgeleitete Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes davon abhängig ist, dass der Beibringungsgrundsatz wirklich aufklärt.

### 5. Zusammenfassung

Wenn sich die wertgeleitete Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes zutreffend durch verfassungsmäßige Werte leiten lässt, wird klar, dass sie mit der funktionalen Rechtfertigung zusammenfällt. Die einschlägigen Verfassungswerte verlangen, dass das Gericht möglichst einen zutreffenden Sachverhalt zu Grunde legt. Die durch die Privatautonomie gewährleistete Rechtsfolgensetzung durch den Willen der Parteien wird ebenso durch Ermittlung des zutreffenden Sachverhalts abgesichert wie der Steuerungsanspruch des Gesetzgebers. Der Justizgewähranspruch und der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes sowie der europäische *effet utile* verlangen zur wirksamen Durchsetzung materieller Rechte ebenfalls eine Ermittlung des zutreffenden Sachverhalts.

## IV. Eine real aufklärende Wirkung des Beibringungsgrundsatzes?

Nun ist also festgestellt, dass der Beibringungsgrundsatz nur so weit gerechtfertigt ist, wie er wirksam ist. Überraschenderweise besteht nun im deutschen zivilprozessrechtlichen Diskurs weitgehende Einigkeit darüber, dass der Beibringungsgrundsatz eine wichtige Klasse von Fällen, die prinzipiell aufklärbar wären, nicht aufklärt. Dies sind Fälle, in denen die beweisbelastete Partei keinen Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel hat, während der nicht beweisbe-

<sup>183</sup> Das gilt, seit das Zivilrecht offen als Steuerungsinstrument gilt, *a fortiori*.

<sup>184</sup> Wagner, in: Auer/Grigoleit/Hager u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, 281–318, 297.

lasteten Partei ein solches zur Verfügung steht.<sup>185</sup> Gerade, wenn zwischen den Parteien eine Sonderverbindung fehlt, können auch materiell-rechtliche Auskunftsansprüche zur Aufklärung des Falls nicht beitragen.<sup>186</sup>

Wenn die beweis- und damit darlegungbelastete Partei prinzipiell nicht über den Sachverhalt informiert ist, hilft die Rechtsprechung mit der sekundären Darlegungslast.<sup>187</sup> Fehlt der darlegungsbelasteten Partei ohne ihr Zutun detailliertes Wissen über den Sachverhalt, muss die andere Partei trotz pauschalen Vortrags der ersten detailliert vortragen. Die sekundäre Darlegungslast wirkt aber allein in der Darlegungsdimension. Allenfalls indirekt erleichtert sie auch den Beweis. Relevant ist die sekundäre Darlegungslast insbesondere beim Negativbeweis geworden. Statt das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals durch Beweis der Unmöglichkeit aller das Tatbestandsmerkmal verwirklichenden Verläufe zu beweisen, muss die beweisbelastete Partei nur den einen von der Gegnerin vorgelegten konkreten Ablauf widerlegen, damit ihr Beweis als gelungen angesehen wird.

Vom Beweis wird sie aber durch die sekundäre Darlegungslast nicht dispensiert. Die sekundäre Darlegungslast hilft deshalb einer beweisbelasteten Partei, die keine Beweismittel hat, nicht. Im Gegenteil wird die Rechtsprechung nicht müde, zu betonen, dass die sekundäre Darlegungslast es der nicht beweisbelasteten Partei nicht auferlegt, Beweismittel vorzulegen, zu benennen oder auch nur auf ihre Existenz hinzuweisen.<sup>188</sup> Die Gegnerin mag den Sachverhalt noch so konkret vortragen, wenn die beweisbelastete Partei zum betreffenden Sachverhalt weder einen Zeugen benennen noch eine Urkunde oder aussagekräftigen Augenschein vorlegen kann, bleibt sie beweisfällig und verliert den Prozess. Die Anordnung der Vorlage von Beweismitteln von Amts wegen bietet zumindest in heutiger Handhabung keine Lösung. Denn erstens machen die Gerichte von der in ihr Ermessen gestellten Befugnis nach §§ 142, 144 ZPO, die Vorlage von Beweismitteln anzuordnen, nur selten Gebrauch.<sup>189</sup> Und zweitens ist nach der herrschenden Meinung die Beweiserhebung von Amts wegen nach § 142 ZPO in enger Auslegung des Bezugnahmeerfordernisses nur eröffnet, wenn das beim

---

<sup>185</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 9 bezeichnet diese Konstellation als „klassisch(e)“ Situation der von ihm behaupteten Informationslücke und weist darauf hin, dass *Stürner* ebenfalls diese Situation ins Zentrum seiner Arbeit über den allgemeinen prozessualen Auskunftsanspruch stelle. Vgl. dazu *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 7; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 119ff.

<sup>186</sup> Auf diese Einschränkung weist im Grundsatz zu Recht *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 1, 68, 163 hin.

<sup>187</sup> Vgl. dazu *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 138ff.

<sup>188</sup> BGH NJW 2014, 3089, 3090 (Rn. 19); BGH NJW 2008, 982, 984 (Rn. 18); BGH NJW 2007, 2989, 2991 (Rn. 16); Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 22: Die sekundäre Behauptungslast Rn. 4, 33; Stein/Jonas-ZPO/Kern, § 138 ZPO Rn. 33.

<sup>189</sup> 95 % der Amtsrichter und 93 % der Landrichter wenden die §§ 142, 144 ZPO „selten“ oder „nie“ an, vgl. oben Fn. 12.



Gegner belegene Beweismittels in einer Konkretheit benannt wird, die nur in den seltensten Fällen zu leisten ist.<sup>190</sup>

Die scheinbare Unmöglichkeit, diese Fälle alleinigen Beweismittelzugriffs der nicht beweisbelasteten Partei unter dem geltenden Recht aufzuklären, hat in der Rechtsprechung zu einer flexiblen Handhabung und der Begründung eines Auffangtatbestands im Bereich der materiellen Auskunftsansprüche motiviert.<sup>191</sup> In prozessualer Hinsicht hat er zur Schaffung ungeschriebener, oft nur rudimentär definierter Rechtsbehelfe wie der „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ geführt.<sup>192</sup> Auch in der Literatur haben mindestens in den letzten 100 Jahren<sup>193</sup> immer wieder prominente Stimmen ein „Aufklärungs“- oder „Informationsproblem“<sup>194</sup> des deutschen Zivilprozesses konstatiert, in dessen Zentrum diese Fälle alleinigen Beweismittelzugriffs der nicht beweisbelasteten Partei stehen.<sup>195</sup> Zusätzlich wurde die Rechtsunsicherheit beklagt,

<sup>190</sup> Auf einer Konferenz in Köln am 9.6.2017 zu „Prozessrechtsfragen bei Kartellschäden“ sagte Christopher Rother, damals noch bei der Kanzlei Hausfeld, „wenn man die Beweismittel so genau benennen kann, dass die Gerichte die Vorlage gemäß § 142 ZPO anordnen, dann hat man die Dokumente schon in der Hand.“ Vgl. auch Stein/Jonas-ZPO/Althammer, § 142 ZPO Rn.6. In der Tat dürfte ein wesentlicher Grund für die zurückhaltende Anwendung gerade des § 142 ZPO darin liegen, dass Teile der Literatur sich stark um eine einschränkende Auslegung des § 142 ZPO bemühen, indem sie für eine „Bezugnahme“ eine sehr konkrete Bezeichnung verlangen, vgl. dazu BGH NJW 2017 3304, 3307; BGH NJW 2014, 3312; 3313; Stein/Jonas-ZPO/Althammer, § 142 ZPO Rn. 9–11; Prütting, AnwBl 2008, 153–159, 158; Uhlenbruck, NZI 2002, 589–590, 590; Saenger-ZPO/Wöstmann, § 142 ZPO Rn. 4.

<sup>191</sup> Rechtsprechungsauswertung bei Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 36–69.

<sup>192</sup> Rechtsprechungsauswertung bei Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 138–166.

<sup>193</sup> Der vor 80 Jahren erschienene Text von von Hippel verweist schon auf eine entsprechende Diskussion vor dem ersten Weltkrieg, Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, 23 ff.

<sup>194</sup> Gomille, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 17 definiert das Informationsproblem, das er zum Angelpunkt seiner Habilitationsschrift macht, wie folgt: „Ein Informationsproblem im Sinne dieser Arbeit liegt nach alledem vor, wenn die risikobelastete Partei durch rechtskräftiges Sachurteil deshalb einen endgültigen Rechts- oder Einwendungsverlust erleidet, weil sie eine Information – sei es in Form einer hinreichend substantiierten Tatsachenbehauptung, sei es in Form eines Beweismittels –, die sie für eine ihr günstige Tatsachenfeststellung benötigte, mangels Kenntnis oder Zugriff nicht in den Prozess einführen konnte.“

<sup>195</sup> Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 163f.: „Fehlt es an einem materiellrechtlichen Informationsanspruch, scheiden auch die prozessualen Vorlegungspflichten aus. In Betracht kommen kann – in entsprechenden Fällen – lediglich eine von der Rechtsprechung bislang nur zurückhaltend angewandte amtswegige Vorlageanordnung gemäß § 142 I 1 ZPO oder gemäß § 144 I 2 ZPO. Kann eine Partei lediglich die Wahrscheinlichkeit eines Hauptanspruchs belegen, nicht aber eine rechtliche Sonderverbindung nachweisen, sind demzufolge etliche Konstellationen denkbar, in denen keines der Instrumente zur Bewältigung von Informationsdefiziten eingreift und eine Rechtsverwirklichung daher scheitern muss.“ Gomille, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 5, 9ff.; Gottwald, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 302f.; Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, 9–10 hält es für „unzureichend“ wie „im positiven deutschen Prozessrecht für die be-

die durch die Ad-hoc-Lösungen entsteht, die die Rechtsprechung im „undurchdringliche[n] Wildwuchs“<sup>196</sup> ungeschriebener Aufklärungsrechte in Einzelfällen findet.<sup>197</sup>

Der Konsens darüber, dass Aufklärung in diesen Situationen durch den Beibringungsgrundsatz weitgehend verfehlt wird, ist dadurch verschleiert, dass die Zustimmung zum Befund sehr unterschiedlich formuliert wird. Ein Teil benennt und bedauert die fehlende Aufklärung ausdrücklich,<sup>198</sup> stellt zum Teil den Beibringungsgrundsatz folgerichtig offen in Frage und ersinnt Ergänzungen zu ihm, die Aufklärung auch in den vom Beibringungsgrundsatz scheinbar nicht erhellten Fällen gewährleisten sollen.<sup>199</sup> Der andere Teil des Diskurses erkennt die fehlende Aufklärung einer großen Klasse von Fällen nur implizit an: Er verteidigt den Nemo-tenetur-Grundsatz,<sup>200</sup> bemüht die radikale Interpretation der wertgeleiteten Rechtfertigung<sup>201</sup> oder beruft sich auf die bloß formale Wahrheit, die der Prozess verfolge,<sup>202</sup> um die fehlende Aufklärung dieser Fälle

rechtigten Aufklärungsinteressen der Parteien gesorgt ist“; *Schlosser*, JZ 1991, 599–608, 604; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1–3.

<sup>196</sup> *Schlosser*, JZ 1991, 599–608, 599.

<sup>197</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 166: „undurchsichtiges System“; *Katzenmeier*, ZZP 2004, 187–217, 188; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 10: „unübersichtliche Gemengelage“ und „verästeltes und hochdifferenziertes, aber kaum verständliches System der Informationsbeschaffungs-lasten“; *Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, 245, „wuchernde Kasuistik, mit der man unser Gesetz bald hier, bald da nachflückt“; *Schlosser*, JZ 1991, 599–608, 599.

<sup>198</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 163 f.; *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 5, 9 ff.; *Gottwald*, in: *Bruns/Kern/Münc* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 302 f.; *Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, 9 f., 223–228, 236; *Schlosser*, JZ 1991, 599–608, 604; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1–3; auch das die Entscheidung nicht tragende Votum von BVerfG NJW 1979, 1925.

<sup>199</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 357 ff. eine Lösung de lege ferenda in Anlehnung an die Enforcementrichtlinie; *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 235 eine Verschärfung der Substantiierungsanforderungen an beide Parteien, gestützt auf die prozessuale Wahrheitspflicht; *Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, 282 ff.; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 185 ff., 357–359 eine Ausweitung der sekundären Darlegungslast sowie eine Lockerung der Voraussetzungen des § 142 ZPO, beides de lege ferenda; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 92 ff. seine allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht.

<sup>200</sup> BGH NJW 1990, 3151; BGH NJW 2006, 155; *Stein/Jonas-ZPO/Althammer*, § 142 ZPO Rn. 9, 21; *Stein/Jonas-ZPO 2005/Leipold*, § 142 ZPO Rn. 9; *Stein/Jonas-ZPO 2005/Leipold*, § 138 ZPO Rn. 26, 30; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 284 ZPO Rn. 17; *Prütting*, AnwBl 2008, 153–159, 156, 158; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 137; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129–3134, 3129.

<sup>201</sup> *Stein/Jonas-ZPO 2005/Leipold*, § 138 ZPO Rn. 30.

<sup>202</sup> *Brand*, NJW 2017, 3558–3563, 3560; *Arens*, ZZP 1983, 1–24, 12; *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 8; *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 40; *Heinze*, in: *Nakamura* (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 515–543, 524–525; *MüKo-ZPO/*

zu legitimieren. Aber diese Legitimation setzt die fehlende Aufklärung voraus, so dass auch dieser andere Teil der Literatur eingesteht, dass der Beibringungsgrundsatz in seiner heutigen Anwendung der Sachverhaltsaufklärung im Wege stehen kann. Beiden Eingeständnissen fehlender Wirksamkeit des Beibringungsgrundsatzes ist – gerade da gezeigt ist, dass weder die Privatautonomie noch der Topos von *nemo tenetur* eine Rechtfertigung fehlender Aufklärung bedeuten – gemeinsam, dass sie die Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes ganz grundsätzlich in Frage stellen. Wenn der Beibringungsgrundsatz eine wichtige Klasse von Fällen nicht aufklären kann, bricht seine Rechtfertigung mindestens insoweit, vielleicht aber sogar ganz grundsätzlich zusammen. Mindestens wären ihm Ergänzungen an die Seite zu stellen. Jedenfalls könnte man sich der Berechtigung der Frage nicht erwehren, ob es nicht andere Grundsätze gibt, die vielleicht mehr Fälle zutreffend aufklären. Der Amtsermittlungsgrundsatz und Kooperationsmaxime wären hier mögliche Kandidaten.

Aber bevor hier die Sorge geschürt wird, dem Zivilprozess sein zentrales Prinzip der Sachverhaltserkenntnis zu entziehen, sollte die Frage, die damit im Raum steht, ganz klar formuliert werden. Stimmt es überhaupt, dass der Beibringungsgrundsatz Fälle, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf Beweismittel hat, nicht aufklären kann?

Dieser Frage widmet sich die Untersuchung im weiteren Verlauf.

---

*Prütting*, § 284 ZPO Rn. 8; *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 73; *Schultz*, NJW 2017, 16–21, 16.

### § 3 Die materielle Wahrheit als Aufklärungsziel

Da diese Arbeit herausfinden will, ob der Beibringungsgrundsatz überhaupt gerechtfertigt ist, und diese Rechtfertigung davon abhängt, ob der Beibringungsgrundsatz wirksam aufklärt, muss sie prüfen, ob und inwieweit der Beibringungsgrundsatz tatsächlich wirksame Sachverhaltsaufklärung gewährleistet. Doch, bevor das möglich ist, muss geklärt werden, was Sachverhaltsaufklärung überhaupt ist. Die Antwort erscheint trivial. Ist Sachverhaltsaufklärung nicht die zutreffende Rekonstruktion der historischen Realität? Aber die juristische Literatur hat die These entwickelt, das Erkenntnisverfahren zielt nur auf die „formelle“ oder „prozessuale“ Wahrheit, und unterscheidet diesen genuin prozessrechtlichen Wahrheitsbegriff vom materiellen, absoluten Wahrheitsbegriff der Alltagssprache und auch der Philosophie. Der Begriff der „formellen“<sup>1</sup> Wahrheit<sup>2</sup> soll beschreiben, dass der Richter im Prozess angesichts der rechtlichen Einschränkungen, denen seine Sachverhaltsermittlung unterliege, nicht die materielle, sondern eben eine formelle, d. h. eine prozessordnungsgemäß gewonnene, bloß relative Wahrheit feststelle. Der formelle Wahrheitsbegriff suggeriert ferner, dass die Anforderungen an die Tatsachenermittlung im Zivilrechtsstreit zur Durchsetzung subjektiver Rechte andere seien als bei Verfolgung öffentlicher Interessen im Straf- und Verwaltungsprozess.

Daher ist in einem Zwischenschritt zu klären, was der Beibringungsgrundsatz zur Begründung seiner Rechtfertigung eigentlich aufklären muss – die materielle Wahrheit oder die prozessuale (dazu unter § 3 I.). Danach wird begründet, warum die Einführung des formellen Wahrheitsbegriffs in die Prozessrechtswissenschaft überflüssig und sogar schädlich ist (dazu unter § 3 II.). Ein fachspezifischer Wahrheitsbegriff, der überflüssig und schädlich ist, ist abzulehnen. Die Aufklärung, welche die wertgeleitete und die funktionale Recht-

---

<sup>1</sup> Hier wird ein relativierter Wahrheitsbegriff mit „formeller Wahrheit“ bezeichnet. Die in der Literatur hierfür außerdem verwandten Begriffe listet *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 41 auf. Gebräuchlich ist insbesondere auch „subjektive Wahrheit“, „prozessuale Wahrheit“ oder auch „prozessordnungsgemäß gewonnene Wahrheit“.

<sup>2</sup> *Arens*, ZZP 1983, 1–24, 12; *Brand*, NJW 2017, 3558–3563, 3560; *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 8; *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 40; *Heinze*, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 515–543, 524–525; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 284 ZPO Rn. 8; *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 73; *Schultz*, NJW 2017, 16–21, 16.

fertigung verlangen, ist daher die Feststellung eines materiell wahren Sachverhalts (§ 3 III.).

### I. Die formelle und die materielle, absolute Wahrheit

Die Lehre von der formellen Wahrheit entwickelte sich unter der sogenannten gesetzlichen Beweistheorie, die Beweiswerte regelhaft vorschrieb und vom Richter nur verlangte, diese Beweiswerte ebenfalls nach vorgeschriebenen Regeln zu verrechnen. Der Grund, der die Beweisergebnisse legitimierte, konnte aufgrund des Verlusts von Detailinformation im Einzelfall, und auch weil die Beweisregeln – und das ist ein Euphemismus – eher holzschnittartigen Charakters waren, offensichtlich nicht ihre Korrespondenz mit der Realität sein. So wurde die regelgeleitete Tatsachenfeststellung selbst zur Legitimationsquelle.<sup>3</sup> Die legitimitätsstiftende Wirkung dieses Siegels der regelkonformen Tatsachenermittlung als Substitut für eine inhaltlich überzeugende Tatsachenermittlung erhielt sich überraschenderweise bis in die Zeit der freien Beweiswürdigung.<sup>4</sup> Offenbar meinte man, die Regeln, die es dem Richter verwehren, gleich einem Wissenschaftler *um jeden Preis* nach der Wahrheit zu forschen – vor allem Beweiserhebungs- und Verwertungsverbote,<sup>5</sup> Zurückweisung von verspätetem Vorbringen und Beweisanträgen,<sup>6</sup> Zeugnisverweigerungsrechte,<sup>7</sup> Abhängigkeit des Richters vom Vorbringen der Parteien,<sup>8</sup> mit der damit verbundenen Unverwertbarkeit seines privat gewonnenen Wissens,<sup>9</sup> den Dispositionen der Parteien über den Sachverhalt (etwa durch übereinstimmenden Vortrag)<sup>10</sup> und die Einschränkung auf den Strengbeweis<sup>11</sup> – verunmöglichten es, den festgestellten Sachverhalt allein über seine (wahrscheinliche) Korrespondenz mit der Realität zu rechtfertigen.<sup>12</sup> Das Siegel der prozessordnungsgemäßen Gewinnung musste dann in die Lücke treten und die Wahrheit als „formale“ legitimieren.<sup>13</sup>

<sup>3</sup> Zum Ganzen ausführlich *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 42. Knapp auch *Gaul*, AcP 1968, 27–62, 49.

<sup>4</sup> *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 38 mit einem Zitat von Adolf Wach. Aktueller dann *Arens*, ZZP 1983, 1–24, 12.

<sup>5</sup> MüKo-ZPO/*Prütting*, § 284 ZPO Rn. 8, 107.

<sup>6</sup> MüKo-ZPO/*Prütting*, § 284 ZPO Rn. 8, 107.

<sup>7</sup> MüKo-ZPO/*Prütting*, § 284 ZPO Rn. 8, 107.

<sup>8</sup> *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 41; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 284 ZPO Rn. 8, 107.

<sup>9</sup> *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 5.

<sup>10</sup> *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 41.

<sup>11</sup> *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 40.

<sup>12</sup> *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 6f.; *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 40; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 284 ZPO Rn. 8.

<sup>13</sup> *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 8.

## II. Mit Hilfe des relativen Überzeugungsbegriffs für den absoluten Wahrheitsbegriff

Ein formeller Wahrheitsbegriff wäre ein nur in den Rechtswissenschaften bekannter Fachterminus. Wäre er für die Bedürfnisse des Fachs nützlich, könnte seine Verwendung sich schon daraus rechtfertigen. Aber tatsächlich ist der formelle Wahrheitsbegriff alles andere als nützlich. Irreführenderweise suggeriert er, dass Juristen ihre Haltung zu den Fragen nach Existenz und Erkennbarkeit der Realität frei wählen könnten, obwohl das Gesetz ihnen vorschreibt, bei der Rechtsanwendung eine im erkenntnisphilosophischen Sinne realistische Weltansicht zu unterstellen (dazu unter § 3 II.1.). Der Begriff der Wahrheit ist in Philosophie und Alltag absolut; er scheint daher den Richter zu überfordern und kann mit anderen Rechtsgütern nicht abgewogen werden (§ 3 II.2.). Der Begriff der formellen Wahrheit ist dennoch überflüssig, weil die durch ihn in guter Absicht eingeführte Relativierung des Erkenntnisprozesses des Richters schon vollständig durch den Begriff der Überzeugung im Sinne von § 286 I ZPO geleistet wird. Der Begriff der Überzeugung ist relativ, weil sich diese, wie zu begründen sein wird, sinnvoll als subjektive Wahrscheinlichkeit in Graden ausdrücken lässt. Der Begriff der formellen Wahrheit ist zugleich schädlich, weil er verhindert, dass das Ziel zutreffender Sachverhaltsaufklärung in prozessrechtliche Güterabwägungen eingestellt werden kann (zu beidem unter § 3 II.3.).

### 1. Richter müssen Realisten sein<sup>14</sup>

Wahrheit ist eine Eigenschaft einer Behauptung über die Beschaffenheit von etwas.<sup>15</sup> Man unterscheidet epistemische Wahrheitstheorien, in denen man ein Kriterium für Wahrheit, wie Evidenz, Konsens oder Kohärenz mit Wahrheit identifiziert, von realistischen Wahrheitstheorien, die Wahrheit von einer Beziehung der betreffenden Aussage zur Realität abhängig machen.<sup>16</sup> Unter letzteren ist vor allem die Korrespondenztheorie von Bedeutung. Sie hält eine Aussage für wahr, wenn der propositionale, der auf die Welt bezogene Gehalt, der Behauptung erfüllt ist, die Realität also die behaupteten Tatsachen aufweist und sich Proposition und Realität insoweit entsprechen.<sup>17</sup>

Die erste Frage ist, ob Wahrheit sich im Zivilprozess in einem erkennbaren Kriterium erschöpft, eine Beziehung zur Realität beschreibt oder etwas gänz-

---

<sup>14</sup> Zum verwandten Problem des Wertungswiderspruchs zwischen einem nemo-tenetur-Grundsatz im Zivilprozess und dem legitimen Steuerungsanspruch des Gesetzgebers vgl. hinten § 2 III.4.

<sup>15</sup> Grundmann, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 25–26.

<sup>16</sup> Grundmann, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 32–37.

<sup>17</sup> Knapp Grundmann, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 457. Mit Verweis auf weitere Literatur Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 23 ff.

lich anderes – wie etwa die konstruktivistische Herstellung von Realität<sup>18</sup> – ausdrückt. Ein realistischer Wahrheitsbegriff wie der der Korrespondenztheorie behauptet eine von unseren Gedanken und unserer Sprache unabhängige Realität.<sup>19</sup> Ob es eine außerhalb des menschlichen Verstandes liegende Realität gibt, ist eine alte philosophische Frage. Gerade Juristen scheinen in ihrer Nähe zu den Geisteswissenschaften und aus ihrer Erfahrung, wie Sprache die Wahrnehmung der Welt beeinflusst, oft Sympathien für konstruktivistische Theorien über die Beziehung zwischen Mensch und Welt zu hegen.<sup>20</sup>

Es muss hier keine letztgültige Klärung dieser alten und schwierigen Frage erreicht werden, denn Juristen sind es auch gewohnt, sich unter die Gebote der Gesetze zu stellen, und in jedem juristischen Syllogismus ist die Annahme enthalten, dass der Untersatz die Wirklichkeit beschreibt, wie sie ist. Es sollen im Prozess eben nicht irgendwelche, sondern die wirklich bestehenden subjektiven Rechte durchgesetzt werden.<sup>21</sup> Das Gericht erzeugt den Sachverhalt nicht, es rekonstruiert ihn so, wie es meint, er sei außerhalb und unabhängig von ihm abgelaufen. Auch das Begründungserfordernis in § 286 I 2 ZPO wäre überflüssig, erschöpfte es sich in der rechtlichen Subsumtion unter Prozessregeln oder der intuitiven Neukonstruktion von Wirklichkeit. Begründung im Sinne von § 286 ZPO ist die Angabe von Gründen, dass eine Behauptung über die Realität zutrifft. Wenn man aber intersubjektiv überzeugende Gründe für das Zutreffen einer Wirklichkeitsrekonstruktion angeben kann, muss die Wirklichkeit unabhängig vom Verstand des Richters sein.<sup>22</sup> Juristen müssen also in Ausübung ihrer Profession Realisten sein.<sup>23</sup>

Der Umstand, dass § 286 I 2 ZPO vom Richter eine Begründung seiner Überzeugung verlangt, zeigt aber noch ein weiteres. Wenn der Richter im Stande ist, überzeugende Gründe für seine Überzeugung anzugeben, dann geht das Gesetz auch von einer durch den Menschen zumindest prinzipiell erschließbaren Realität aus. Das bedeutet, dass Positionen, die die Notwendigkeit einer formellen Wahrheit aus der Unerreichbarkeit der absoluten Wahrheit begründen, von Gesetzes wegen unzulässig sind. Das Gesetz gibt vor, dass der Richter sich die

<sup>18</sup> *Godfrey-Smith*, *Theory and Reality*, 181 ff.; *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 25.

<sup>19</sup> *Godfrey-Smith*, *Theory and Reality*, 174; *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 24.

<sup>20</sup> Etwa *Rommé*, *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast*, 73, dessen Position auch sehr nah am Skeptizismus zu liegen scheint.

<sup>21</sup> *Gaul*, *AcP* 1968, 27–62, 49; *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 44; *Stadler*, in: Nakamura (Hrsg.), *Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 1625–1647, 1631*; *Stein*, *Foundations of Evidence Law*, 8; *Weyers*, in: *Dubischar* (Hrsg.), *Dogmatik und Methode*, 193–224, 202.

<sup>22</sup> *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 24: „Ohne die Annahme einer geteilten, wahrnehmbaren Welt ist jede Diskussion über die Feststellung von Tatsachen durch Richter sinnlos.“

<sup>23</sup> *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 24, 29ff.

Wirklichkeit vorstellen muss, als sei sie durch ihn und durch alle Leser seiner Begründung erschließbar.

Es erscheint außerdem sinnlos, die Anforderungen an die Tatsachenermittlung danach zu variieren, ob der Prozess im privaten oder, wie im Strafrecht oder im öffentlichen Recht, im öffentlichen Interesse geführt wird. Die Durchsetzung subjektiver Rechte verlangt ebenso nach der Bildung einer Überzeugung von der absoluten, materiellen Wahrheit wie die Bewährung der objektiven Rechtsordnung oder auch die Wahrung öffentlicher Interessen im Straf- oder Verwaltungsprozess. Gerade im Kontext des steuernden Zivilrechts, das den Zivilprozess tatsächlich zur Durchsetzung von Gemeinwohlinteressen „instrumentalisiert“,<sup>24</sup> wird deutlich, dass der Gesetzgeber Zivilrecht und -prozessrecht zum Teil gerade deshalb wählt, weil die Verleihung subjektiver Rechte im Zusammenwirken mit dem Zivilprozess private Information aktivieren kann, die eine Behörde trotz großzügiger Ermittlungsbefugnisse nur schwer erlangen könnte.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber erwartet durch die Wahl des Zivilrechts als Steuerungsinstrument – etwa im Unterschied zur verwaltungsrechtlichen Regulierung – nicht eine Steuerung aufgrund einer anderen, gar bloß formellen Wahrheit, sondern er verlangt die Steuerung auf Grundlage derselben Wahrheit auf effektivere Weise.

Der juristische Wahrheitsbegriff ist also einer der Korrespondenz<sup>26</sup>, der die Realität für prinzipiell erschließbar hält. Der Wahrheitsbegriff der Korrespondenztheorie ist allerdings ein Begriff materieller und nicht ein Begriff formeller Wahrheit. Dass eine nach diesem Wahrheitsbegriff falsche Entscheidung des Gerichts angesichts der eingangs<sup>27</sup> genannten gesetzlichen Einschränkungen der Erkenntnismöglichkeiten möglich bleibt, ist so lange unschädlich, wie diese Einschränkungen in ihrem Regelungsbereich durch anderweitige Rechtsgüter, welche das Interesse am Auffinden der absoluten Wahrheit überwiegen, gerechtfertigt sind.

## 2. Wahrheit als absolutes Konzept<sup>28</sup>

Aussagen über Tatsachen sind absolut wahr oder nicht wahr. Wahrheit lässt sich nicht in Graden messen und daher nicht abwägen. Die Behauptung, dass eine Person zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort war, kann

---

<sup>24</sup> Seewald, JZ 2017, 566–568, 567 ff. Eine „Instrumentalisierung“ zur Umgehung der Schranken, die das öffentliche Recht staatlichem Handeln setzt, ist zumindest so lange nicht zu befürchten, wie sich staatliches Handeln auch in zivilrechtlicher Gestalt an den Grundrechten misst, vgl. dazu ausführlich Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 288 ff.; knapp auch Wagner, AcP 2006, 352–476, 434.

<sup>25</sup> Wagner, AcP 2006, 352–476, 446 f.

<sup>26</sup> Gomille, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 7.

<sup>27</sup> Vgl. oben unter § 3 I.

<sup>28</sup> Die folgenden Ausführungen basieren, soweit nicht anders angezeigt, auf Grundmann,



nicht ein bisschen wahr sein und ein bisschen unwahr. Entweder sie war da oder nicht. Wenn man eine Kugel verdeckt aus einer Vase mit 20 roten und 80 schwarzen Kugeln zieht, dann ist sie für einen Beobachter, der sieht, dass eine Kugel gezogen wurde, aber nicht welche Farbe sie hat, nicht zugleich schwarz und rot. Der Beobachter ist lediglich unsicher darüber, welche Farbe die Kugel hat. Er weiß sicher, dass nur *eine* Behauptung über die Farbe wahr ist.<sup>29</sup> Der Begriff der alternativen Fakten klingt für uns deswegen so absurd, weil „Fakten“ als die wahren Bausteine von Geschichten und Interpretationen definiert sind.<sup>30</sup> Weil Wahrheit ein absolutes Konzept ist und das Wahrsein eine Behauptung erst zum Faktum macht, kann man nicht die Wahrheit von Behauptungen durch ihre Bezeichnung als Fakten zugestehen und zugleich ihnen widersprechende „alternative Fakten“ ebenfalls als Fakten bezeichnen.

Dass Wahrheit ein absolutes Konzept ist, heißt auch, sie ist nicht relativ zum sprechenden oder wahrnehmenden Subjekt. Aussagen können nicht für einige Leute wahr sein und für andere nicht. Es kann natürlich Streit darüber bestehen, ob eine Behauptung wahr ist. Und es kann sein, dass sich der Streit niemals auflöst, weil man nie letztgültig herausfinden wird, welche Tatsachen in der Welt nun vorlagen. Aber wer sagt, eine Behauptung sei wahr, meint, sie treffe unabhängig von der Perspektive zu.

Natürlich nutzen Juristen eine Fachsprache. Und sie können, wenn das nützlich ist, „Wahrheit“ in ihrer Fachsprache anders definieren als in der Alltagssprache oder der Sprache der Philosophie. Aber sollten Juristen einen eigenen, relativen Wahrheitsbegriff bilden?

Vertreter eines relativierten formalen Wahrheitsbegriffs als Ziel des Erkenntnisverfahrens haben das Bedürfnis nach Relativierung, das sie befriedigen wollen, ausführlich begründet. Die materielle oder auch absolute Wahrheit sei gar nicht zu erkennen, so dass ihre Erkenntnis vom Richter – *impossibilium nulla est obligatio* – nicht zu verlangen sei.<sup>31</sup> Selbst als Ideal<sup>32</sup> – nach dem Polarstern

---

Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 29; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 29ff., insb. 33.

<sup>29</sup> Auch Schrödinger hielt die Katze in seinem Gedankenexperiment nicht für zugleich oder anteilig lebendig und tot, sondern nutzte die Absurdität der Gleichzeitigkeit von Leben und Tod als Argument gegen eine bestimmte Interpretation der Quantenmechanik: „Ernste Bedenken erheben sich aber, wenn man bemerkt, dass die Unbestimmtheit grob tastbare und sichtbare Dinge ergreift, wo die Bezeichnung ‚Verwaschenheit‘ dann einfach falsch wird.“, *Schrödinger*, Naturwissenschaften 1935, 807–812, 811, das diesen Satz illustrierende Beispiel dann 812.

<sup>30</sup> Lorraine Daston im Interview mit dem Tagesanzeiger: <https://www.tagesanzeiger.ch/wissen/geschichte/Bauchgefuehl-ist-nicht-Wahrheit/story/26027334> (online erschienen am 18.02.2017; zuletzt abgerufen am 20.12.2021).

<sup>31</sup> *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 7f.; *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 40; *Heinze*, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 515–543, 524–525.

<sup>32</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 45.

kann man segeln, obwohl man ihn nicht erreichen kann – könne die materielle Wahrheit nicht dienen, denn eine absolute, materielle Wahrheit, die schlecht-hin nicht zu erkennen sei, biete auch keine Orientierung.<sup>33</sup> Schon um den Richter nicht zu überfordern, bedürfe deshalb der Wahrheitsbegriff im Prozessrecht einer Relativierung. Relativiert sei der Wahrheitsbegriff mit Bezug auf den Inhalt der Verhandlung: Nicht jede verfügbare Information werde Grundlage der Erkenntnis, sondern die Wahrheit werde nur relativ zu einem durch den Prozess bestimmten Ausschnitt der möglichen Information erforscht.<sup>34</sup> Und selbst wenn eine Verwendung des absoluten Wahrheitsbegriffs im Prozessrecht prinzipiell möglich sei, sei die Verwendung des formellen Wahrheitsbegriffs doch ehrlicher<sup>35</sup> und erlaube eine Unterscheidung von Rechtfertigung und Wahrheit derart, dass die Rechtfertigung eben nicht aus der Korrespondenz mit der Wirklichkeit, sondern aus der Einhaltung der Prozessregeln stamme.<sup>36</sup> Vor allem lasse sich ein absoluter Wahrheitsbegriff also nicht abwägen, so dass ein faires, in den Händen der Parteien liegendes Verfahren, das notwendig die Wahrheitsfindung einschränke, nur unter Geltung eines relativen Wahrheitsbegriffs gewährleistet werden könne.<sup>37</sup>

### 3. Die Überflüssigkeit und Schädlichkeit des formellen Wahrheitsbegriffs

Die absolute Wahrheit kann allerdings durchaus Gegenstand der Überzeugung sein (§ 3 II.3. a) und b)). Überzeugung ist ein relativer Begriff, so dass eine weitere Relativierung überflüssig ist. Sein relativer Charakter ist daran erkennbar, dass Überzeugungen Grade haben (§ 3 II.3.c)). So kann der Überzeugungsbegriff die notwendige Relativierung der Sachverhaltsfeststellung im Prozess bewirken. Er gewährleistet, dass der Richter nicht überfordert wird und die Überzeugung von der Wahrheit als zentrales Element der Sachverhaltsfeststellung im Prozess mit anderen Rechtsgütern abgewogen werden kann (§ 3 II.3. d)).

#### a) Die absolute Wahrheit als Gegenstand der relativen Überzeugung

Die Argumente für einen formellen Wahrheitsbegriff sind vereinzelt auf pointierte Ablehnung gestoßen.<sup>38</sup> Mit Blick auf die Beweisverwertungsverbote, Ver-

<sup>33</sup> Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 73.

<sup>34</sup> Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 7; Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 72–73; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, §77, Rn. 7.

<sup>35</sup> Weniger „präventiv“, Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 8.

<sup>36</sup> Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 8.

<sup>37</sup> Arens, ZZZ 1983, 1–24, 11–12.

<sup>38</sup> Gaul, AcP 1968, 27–62, 49; AK-ZPO/Rüßmann, § 286 ZPO Rn. 14; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 41 ff.

spätungsregeln oder den Geheimnisschutz weisen Vertreter eines absoluten zivilprozessualen Wahrheitsbegriffs darauf hin, dass das Auffinden der absoluten Wahrheit „als Ziel des Prozesses [...] nicht Wahrheitsfindung um jeden Preis“ bedeute.<sup>39</sup> Eine Einschränkung der Erkenntnismöglichkeiten im Rahmen der Auflösung eines Zielkonflikts – etwa zwischen Tatsachenermittlung und Menschenwürdeschutz – verändere nicht den Wahrheitsbegriff, sondern allein die Erkenntnismöglichkeiten.<sup>40</sup> Und sollte eine Einschränkung der Erkenntnismöglichkeiten die Sorge steigern, dass der Richter sich nun an etwas Unerkennbarem orientieren solle, so sei daran zu erinnern, dass Gewissheit nicht verlangt ist, sondern nur des Richters Überzeugung von der Wahrheit.<sup>41</sup> Erkennt man das, ist die von der herrschenden Meinung verfolgte Relativierung überflüssig. Das Gesetz stellt gar nicht auf Wahrheit ab. Es stellt auf die Überzeugung des Richters ab. Der Begriff der Überzeugung (von der absoluten Wahrheit) liefert alle Relativierung, derer es bedarf.<sup>42</sup>

Die Überzeugung des Richters wird als Kriterium für den Beweis zum zentralen Begriff des Beweisrechts.<sup>43</sup> Nicht durchgesetzt hat es sich, auf einen stark objektivierten Überzeugungsbegriff derart abzustellen, dass der Richter den Beweis dann als gelungen ansehen muss, wenn ein idealisierter Dritter (der erfahrene Richter etwa) überzeugt wäre (sog. Drittkontrollmodell).<sup>44</sup> Ein radikal subjektives Verständnis des Überzeugungsbegriffs, nach dem allein auf das Überzeugungsgefühl des jeweiligen Richters abzustellen sei, um den Erfolg des Beweises zu beurteilen, ist in Deutschland nach Recherchen anderer Autoren bisher auch nicht vertreten worden.<sup>45</sup> Durchgesetzt hat sich vielmehr eine subjektiv-objektive Ansicht, nach der im Grundsatz auf die subjektive Überzeugung des Richters abzustellen sei, welche der Richter aber im Einklang mit den (objektiv feststehenden) Denk- und Naturgesetzen sowie allgemein anerkannten Erfahrungssätzen bilden muss.<sup>46</sup> Der Gegenstand der richterlichen Überzeugung ist die Wahrheit der betreffenden Tatsachenbehauptung.<sup>47</sup>

<sup>39</sup> Gaul, AcP 1968, 27–62, 50.

<sup>40</sup> Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 43 f.

<sup>41</sup> BGH NJW 1970, 946 (Anastasia), nach dem für einen gelungenen Beweis eine „unumstößliche Gewissheit“ nicht verlangt werden darf, sich der Richter aber auch nicht mit „einer bloßen Wahrscheinlichkeit beruhigen“ darf, sondern sich vielmehr mit „einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen“ darf und muss. Vgl. auch Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 19; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 34.

<sup>42</sup> Ein Umstand, den Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 119 schon in aller Deutlichkeit formuliert hatte, nur um dann später doch wieder von einer prozessrechtskonformen Wahrheit zu sprechen, MüKo-ZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 8, 107.

<sup>43</sup> Das vertritt auch MüKo-ZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 8 noch sehr nachdrücklich, ohne daraus aber die Konsequenz zu ziehen, dass eine Relativierung der Wahrheit selbst überflüssig ist.

<sup>44</sup> Gegen das Drittkontrollmodell etwa Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 39. Ähnlich einem Drittkontrollmodell aber noch AK-ZPO/Rüßmann, § 286 ZPO Rn. 15.

<sup>45</sup> Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 40.

<sup>46</sup> Stein/Jonas-ZPO 2008/Leipold, § 286 ZPO Rn. 1; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO

## b) Exkurs: Der Gegenstand der Überzeugung ist nicht Wahrscheinlichkeit

Vertreten wird auch, dass die Überzeugung sich auf die Wahrscheinlichkeit der Tatsachenbehauptung beziehen soll.<sup>48</sup> Allerdings ist diese Ansicht abzulehnen. Die Vertreter der Wahrscheinlichkeitsüberzeugungslehre, die die hohe Wahrscheinlichkeit für den Gegenstand der Überzeugung hält, verkomplizieren den Blick auf die Überzeugung unnötig. Die Wahrscheinlichkeitsüberzeugungslehre räumt kein Problem aus, schafft dafür aber neue. Das gilt unabhängig davon, welchen Wahrscheinlichkeitsbegriff eine Wahrscheinlichkeitsüberzeugungslehre zu Grunde legen würde. Wahrscheinlichkeit kann objektiv oder subjektiv sein. Objektive Wahrscheinlichkeit beschreibt Häufigkeiten.<sup>49</sup> Subjektive Wahrscheinlichkeit beschreibt Grade von Überzeugungen.<sup>50</sup>

Der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff besteht in zwei Spielarten. Die Vertreter eines logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs vertreten die Ansicht, es gebe angesichts einer bestimmten Menge an Evidenz eine einzige richtige Überzeugung. Dieser Begriff liegt parallel zum Drittkontrollmodell des Beweisrechts, weil er fragt, welche Überzeugung ein rationaler Akteur angesichts der vorhandenen Evidenz haben müsste. Er hat sich aus ähnlichen Gründen wie das Drittkontrollmodell nicht durchsetzen können, weil ein Verfahren zur eindeutigen Bestimmung der richtigen Überzeugung nicht aufgezeigt werden konnte, und sich zeigen ließ, dass eindeutig richtige Überzeugungen sich auch für die eigentlich einfachen Fälle fehlender Evidenz nicht eindeutig bestimmen lassen.<sup>51</sup> Die andere Spielart des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs sei hier „streng“ genannt. Strenge Subjektivisten erkennen keine Bindungen bei der Bildung erster Überzeugungen, der sogenannten Anfangswahrscheinlichkeiten, an. Anfangswahrscheinlichkeiten beschreiben das Hintergrundwissen, das ein Mensch mitbringt. Diese Überzeugungen sind einfach da und können nicht richtig oder falsch sein. Strenge Subjektivisten verlangen aber, dass diese „Grundüberzeugungen“ nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit weiterverarbeitet werden. Sicher macht es wenig Sinn, dem Richter vorzuschreiben, seine eigenen

Rn. 30; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 1–3; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 40.

<sup>47</sup> Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 18f.; MüKo-ZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 8; unnötig kompliziert und zirkulär dagegen MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 34 („Bezugspunkt richterlicher Überzeugung [ist] letztlich allein das Führwahr-Erachten“, Schreibweise wie im Original).

<sup>48</sup> Huber, Das Beweismaß im Zivilprozeß, 102ff.; immer noch offenbar Musielak, JA 2010, 561–566, 563 f.

<sup>49</sup> Galavotti, Philosophical introduction to probability, 71–104; Hacking, An introduction to probability and inductive logic, 132, 189–246.

<sup>50</sup> Galavotti, Philosophical introduction to probability, 189–234; Hacking, An introduction to probability and inductive logic, 132, 151–188.

<sup>51</sup> Das sog. „Indifferenzprinzip“ ist kein logisches Prinzip, das ausnahmslos gilt. Dazu ausführlicher hinten § 5 I. 4.

Überzeugungen zum Gegenstand seiner eigenen Überzeugung zu machen. Der subjektiven Wahrscheinlichkeit kommt keine Realität außerhalb der sie haltenden Person zu. Sie beschreibt eine Haltung zur Realität, ist aber „keine Eigenschaft der beobachtbaren Welt“ und daher auch kein sinnvoller Gegenstand der Überzeugung.<sup>52</sup> Gegenstand einer Überzeugung könnte eine subjektive Wahrscheinlichkeit allenfalls insofern sein, als eine Person eine Überzeugung vom Grad der Überzeugung einer konkreten anderen Person halten könnte. In Betracht käme hier allenfalls, die Überzeugungen, die ein hypothetischer rationaler Akteur halten müsste, zum Gegenstand der richterlichen Überzeugung zu machen. Aber das liefe auf das abgelehnte Drittkontrollmodell hinaus.

Objektive Wahrscheinlichkeiten können als messbare Häufigkeit Element der Realität und damit Gegenstand einer Überzeugung sein. Dann müsste man aber wieder fragen, ob die Behauptung von der Häufigkeit wahr ist und zu welchem Grad man von ihrer Wahrheit überzeugt ist.<sup>53</sup> Die Wahrheit der – nun in Wahrscheinlichkeit formulierten – Tatsachenbehauptung wäre also immer noch zu klären. So wäre die Wahrheit wohl selbst in der Wahrscheinlichkeitsüberzeugungslehre immer noch Gegenstand der Überzeugung.

Obwohl diese Lehre also kein Problem löst, schafft sie neue. Eine objektive Wahrscheinlichkeit ist eine Häufigkeit. Vor Gericht soll aber ein Einzelfall geklärt werden. Eine Häufigkeit ist keine sinnvolle Kategorie zur Beschreibung eines Einzelfalls: A ist der Vater von B, oder eben nicht; A kann nicht zu 80 % der Vater von B sein und der konkrete A kann auch nicht „häufig“ oder „typischerweise“ der Vater von B sein.<sup>54</sup> Die verdeckt gezogene Kugel ist nicht zu 20 % rot und zu 80 % schwarz. Die Wahrscheinlichkeitsüberzeugungslehre nutzt also mit objektiven Wahrscheinlichkeiten eine unzulässige Kategorie zur Beschreibung des Einzelfalls.<sup>55</sup>

Weil die Wahrscheinlichkeitsüberzeugungslehre keine Probleme löst, aber neue schafft, ist sie abzulehnen. So bleibt es dabei, dass Gegenstand der Überzeugung die Wahrheit der Tatsachenbehauptung ist.<sup>56</sup>

### c) Die Relativität des Überzeugungsbegriffs

Um eine Relativierung zu bieten, welche die Überforderung des Richters vermeidet, die ehrlich abbildet, dass man sich der Wahrheit nur über den begrenzten

<sup>52</sup> Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 125.

<sup>53</sup> Zur unproblematischen Anknüpfung von subjektiven Wahrscheinlichkeiten an objektive Wahrscheinlichkeiten: *Hacking*, An introduction to probability and inductive logic, 138.

<sup>54</sup> *Hacking*, An introduction to probability and inductive logic, 136; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 37 f., 114.

<sup>55</sup> *Hacking*, An introduction to probability and inductive logic, 136: „If someone speaks of the probability of a single event, then they must be taking the belief perspective.“

<sup>56</sup> Baumgärtel, in: Hirsch (Hrsg.), Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 165–181, 170; Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 44; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 80.

Inhalt der Verhandlung annähert, und die Abwägung der richterlichen Sachverhaltserkenntnis mit anderen Rechtsgütern ermöglicht, muss der Überzeugungsbegriff ein relativer Begriff sein. Das ist der Fall und wird daran deutlich, dass *Überzeugung* von der absoluten Wahrheit in Graden auftritt,<sup>57</sup> die sogar in Zahlenwerten auszudrücken sind, auch wenn beides wiederholt in Abrede gestellt worden ist.<sup>58</sup> Den Beleg liefert die folgende Darstellung von Verfahren zur Messung von Überzeugungen. Dabei gibt es Verfahren, die einem pragmatischen Ansatz folgen, während andere einem epistemischen Ansatz entsprechen. Die epistemischen Verfahren überzeugen eher.

#### aa) Grade von Überzeugungen

Die Grade der Überzeugung drücken eine subjektive Einschätzung vom Ausmaß des Wissensdefizits aus. Sie beschreiben unseren Zweifel, wenn wir eine Behauptung weder für gewiss halten noch sicher sind, dass sie falsch ist.<sup>59</sup> Auf die Feststellung, „ich bin überzeugt, dass A ...“, erscheint die Gegenfrage, „wie sicher sind Sie denn genau?“, nicht unsinnig. Selbst wenn man meint, dass Überzeugung im Sinne von § 286 I ZPO binär ist, so dass man nur entweder überzeugt sein kann oder nicht,<sup>60</sup> schließt das Überzeugungsgrade nicht aus. Der Rechtsbegriff richterlicher Überzeugung könnte das Kontinuum, das der Alltagsbegriff der Überzeugung beschreibt, mit Hilfe eines Schwellenwerts in zwei Kategorien teilen: Erwartungsgrade oberhalb des Schwellenwerts sind „volle richterliche Überzeugung“, bei Erwartungsgraden unterhalb des Schwellenwerts fehlt diese „volle Überzeugung im Rechtsinne“. Diese Kategorisierung nähme ihren Ausgang dann aber von einem Kontinuum, das sich durchaus in Grade einteilen ließe. Gegen die Behauptung, dass sich Überzeugungen prinzipiell nicht in Zahlenwerten ausdrücken ließen,<sup>61</sup> steht die umfangreiche Literatur der Philosophie zur Bemessung von Wahrscheinlichkeitsgraden.<sup>62</sup> Ganz

<sup>57</sup> Für den subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff genügt es, wenn sich Wahrscheinlichkeiten auf einer Ordinalskala messen lassen, vgl. *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 105, der Darstellung hier wird die Messung von Überzeugungsgraden auf Intervallskalenniveau zu Grunde gelegt (zu den Skalenniveaus vgl. *Diekmann*, Empirische Sozialforschung, 278 ff.). Wer die Messung von Überzeugungsgraden, wie sie hier vorgestellt wird, überzeugend findet, der muss über diesen Punkt nicht weiter nachdenken. Wer meint, die Messung sei so genau, wie hier behauptet, nicht möglich und man könne nur festlegen, ob man von etwas mehr oder weniger überzeugt ist, ohne darüber sprechen zu können, um wie viel mehr man überzeugt ist, dem sei versichert, dass alles was er liest, gültig bleibt. Zur Überprüfung dieser Versicherung verweise ich auf die bei *Schweizer* angegebene weiterführende Literatur.

<sup>58</sup> Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 18; Stein/Jonas-ZPO 2008/Leipold, § 286 ZPO Rn. 8; Lepa, NZV 1992, 129–136, 133.

<sup>59</sup> *Mellor*, Probability: A Philosophical Introduction, 66.

<sup>60</sup> *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 63.

<sup>61</sup> *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 62.

<sup>62</sup> Vgl. den Fußnotenapparat der folgenden Darstellung, der die Literatur bei Weitem nicht umfassend abbildet, aber einen Einstieg ermöglicht.

im Gegensatz zur Behauptung prinzipieller Unmöglichkeit der Überzeugungsmessung steht der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff in der Tradition des Operationalismus,<sup>63</sup> der sich gerade zum Ziel setzt, wissenschaftliche Begriffe schon im Hinblick auf ihre empirische Überprüfung zu definieren.<sup>64</sup>

*bb) Pragmatische Ansätze zur Messung von Überzeugungsgraden*

Der pragmatische Ansatz zur Bestimmung von Überzeugungsgraden knüpft, wie der Name schon sagt, an Handlungen an. Dahinter steht ein Misstrauen gegen die Messbarkeit von diffusen Gefühlen.<sup>65</sup> Gleichzeitig verstand man aber im Hinblick auf den Operationalismus die Messbarkeit als eine indispensable Eigenschaft eines wissenschaftlichen Begriffs, so dass auf die Beschreibung eines Messverfahrens für Überzeugungen keinesfalls verzichtet werden konnte. Greifbar erschien ein Verständnis der Überzeugung als handlungsbestimmender Faktor:<sup>66</sup> In Handlungen eines Subjekts wirkten sich danach vor allem dessen Bedürfnisse und dessen Überzeugung von der Beschaffenheit der Welt aus.<sup>67</sup> Ob man auf der Wanderung ein Feld überquert, um nach dem Weg zu fragen, wird bestimmt durch den Grad der Überzeugung, dass man auf dem richtigen Weg ist, und durch das Bedürfnis, Umwege zu vermeiden.<sup>68</sup> Daraus schloss man, man könne die Überzeugung eines Individuums aus seinen Handlungen erschließen, wenn man seine Bedürfnisse kennt.<sup>69</sup> Die Länge des Umwegs, den man in Kauf nehmen würde, um die verbleibenden Zweifel zu beseitigen, wird so zum Maß für den Grad der Überzeugung, auf dem richtigen Weg zu sein.<sup>70</sup>

Diese Verknüpfung von Bedürfnis und Überzeugung mündet in eine Handlungstheorie der Maximierung des Erwartungswerts.<sup>71</sup> Den Erwartungswert

<sup>63</sup> Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 164.

<sup>64</sup> Godfrey-Smith, *Theory and Reality*, 30.

<sup>65</sup> Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 169.

<sup>66</sup> Gillies, *Philosophical Theories of Probability*, 53; Jeffrey, *Probability and the art of judgment*, 53; Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 169f.

<sup>67</sup> Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 173.

<sup>68</sup> Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 175.

<sup>69</sup> Bradley, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 12; Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 175.

<sup>70</sup> Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 175. Genauso sagt das Mitnehmen eines Regenschirms etwas über den Grad der Überzeugung aus, dass es im Laufe des Tages regnen wird, Jeffrey, *Probability and the art of judgment*, 53.

<sup>71</sup> Skyrmes, *Choice and Chance*, 129.

erhält man durch Multiplikation der (monetären) Auszahlung und der (subjektiven) Wahrscheinlichkeit, dass sie erlangt wird.

$$\text{Erwartungswert} = \text{Wahrscheinlichkeit} \times \text{Auszahlung}$$

Menschen, die in ihren Entscheidungen den Erwartungswert maximieren, entscheiden, als würden sie eine bestimmte Entscheidung unendlich oft wiederholen, denn dann entspräche ihre erwartete Auszahlung (der Erwartungswert) nach dem Gesetz der großen Zahl dem, was sie sicher erhielten.<sup>72</sup> Das mag auf den ersten Blick unrealistisch erscheinen, aber auch wenn man die spezifische Entscheidung nur einmal trifft, so trifft man doch über sein Leben verteilt eine sehr große Zahl riskanter Entscheidungen. Über all diese Entscheidungen kann man zuversichtlich sein, den durchschnittlichen Erwartungswert dieser Entscheidungen tatsächlich zu erhalten. Dieser Gedanke mag die Nutzung des Erwartungswerts als Entscheidungsgrundlage zumindest plausibel erscheinen lassen.

Die Schwierigkeit ist nun, dass man die Bedürfnisse anderer Menschen und den Grad ihrer Befriedigung durch bestimmte Ereignisse in der Regel nicht kennt. Von der Beobachtung, dass jemand einen Acker überquert oder einen Regenschirm mitnimmt, kann man daher nicht auf den genauen Grad seiner Überzeugung, auf dem richtigen Weg zu sein bzw. auf den Grad seiner Überzeugung, dass es heute regnet, schließen. Vielleicht nimmt er den Regenschirm mit, weil er ihn für elegant hält und er überquert den Acker, weil er auf der anderen Seite mit einem Freund verabredet war oder, weil er es genießt, über lockere, feuchte Erde zu laufen. Solange man die Bedürfnisse des Handelnden nicht sicher kennt, liefert die Beobachtung seiner Entscheidungen kein sicheres Maß für seine Überzeugungen. Die Gründer der Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten brauchten eine Betrachtung von Situationen, in denen man annehmen konnte, ziemlich genau über die Bedürfnisse anderer Menschen informiert zu sein. Diese fanden sie in Wetten.<sup>73</sup>

Jeder will eine Wette gewinnen. Bei Wetten gewinnt man Geld und man bezahlt für die Teilnahme Geld. Man muss sich also nicht auf einen Vergleich der Last des Regenschirms mit dem Nutzen der Trockenheit einlassen, der für jede Person unterschiedlich ausfallen mag. Man kann stattdessen Geld mit Geld vergleichen – den Preis der Wette mit ihrer erwarteten Auszahlung. Wetten erlauben so die Bemessung von Überzeugungsgraden. Der Höchstbetrag, den man

<sup>72</sup> Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 174.

<sup>73</sup> Bradley, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3.4.1; Galavotti, *Philosophical introduction to probability*, 196; Galavotti, *Philosophical introduction to probability*, 211 mit Verweis auf *de Finetti*; Hájek, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3.3.2; Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 172.



für die Teilnahme an einer Wette zu bezahlen bereit ist, die genau einen Euro auszahlt,<sup>74</sup> wenn es heute in Hamburg<sup>75</sup> regnet, drückt den Grad der Überzeugung aus, dass es heute in Hamburg regnet.<sup>76</sup> Würde man für die Wette nichts zahlen, ist man offenbar absolut sicher, dass es heute in Hamburg nicht regnet. Zahlt man bis zu einem Euro, scheint man ganz sicher zu wissen, dass man den Euro – wegen Regens in Hamburg – durch Gewinn der Wette zurückerhalten wird. Und entsprechend kann man davon ausgehen, dass jemand, der bis zu 47 Cent zahlen würde, eben zu 47 % davon überzeugt ist, dass er die Wette gewinnen und es heute in Hamburg regnen wird.

Warum diese Methode angesichts der Zugrundelegung eines Handlungsmodells des Maximierens von Erwartungsnutzen Wahrscheinlichkeit misst, leuchtet unmittelbar ein: Man setzt, was man weiß, in die oben genannte Definition des Erwartungswerts ein und löst eine Gleichung mit einer Unbekannten. Unbekannt ist die Wahrscheinlichkeit. Bekannt ist der Erwartungswert, denn er entspricht unmittelbar der Zahlungsbereitschaft für die Wette. Bekannt ist auch die Auszahlung im Erfolgsfall, sie beträgt 1 Euro. Aus der oben angegebenen Definition des Erwartungswerts ergibt sich damit folgende Gleichung mit der unbekanntem Wahrscheinlichkeit, für die wir „p“ schreiben:

$$\text{Zahlungsbereitschaft} = p \times 1$$

Die 1 ist „überflüssig“, so dass sich unmittelbar ergibt:

$$\text{Zahlungsbereitschaft} = p$$

Wenn man diese Methode zu wörtlich nimmt, mag man einwenden, dass aber vielleicht nicht jeder wetten will oder dass Menschen vielleicht über ihre Zahlungsbereitschaft lügen, um die angebotene Wette billiger zu erhalten. Diese und ähnliche Einwände gehen an der Sache vorbei. Es genügt für den Beweis der Relativität des Überzeugungsbegriffs durch den Beleg der Messbarkeit von Wahrscheinlichkeitsgraden, dass eine Person in guter Absicht die Wette hypothetisch durchspielt und so ihre Überzeugung in Wahrscheinlichkeitsgraden ausdrücken kann.<sup>77</sup> Um dem operationalistischen Anspruch der Messbarkeit gerecht zu werden, muss die Methode nicht zusätzlich noch garantieren, dass man jedem seine Überzeugungen abpressen kann. Messbarkeit beschreibt eine Möglichkeit und nicht das flächendeckende Faktum der Vermessung.

<sup>74</sup> Wetten, die im Erfolgsfall einen Euro auszahlen, werden zum Teil „unit bets“ genannt und sind besonders praktisch, weil man zur Bestimmung der Wahrscheinlichkeit mit ihrer Hilfe praktisch nicht mehr zu rechnen braucht.

<sup>75</sup> Der Wettende sei nicht in Hamburg und daher nicht vom Regen betroffen.

<sup>76</sup> Bradley, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 13; Finetti, *Theory of probability*, 154; Hájek, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3.3.2; Zynda, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1.

<sup>77</sup> Mellor, *Probability: A Philosophical Introduction*, 69.

Die Methode des Messens von Überzeugungsgraden durch Wetten hat eine Fülle von Abwandlungen erfahren. Man kann sie mit Blick auf die Wettbörse beschreiben und so die zum Teil verwendete „Wettquote“ offenlegen.<sup>78</sup> Um die Zahlungsbereitschaft zugänglicher zu machen, betonen viele Autoren, dass sie den Preis beschreibt, an dem jemand indifferent zwischen Kauf und Verkauf der Wette ist. Wer absolut sicher weiß, dass es heute in Hamburg regnet, hat für die oben genannte Wette eine Zahlungsbereitschaft von 1. Ihm ist egal, ob er als Verkäufer einen Euro erhält und ihn zurückgeben muss, weil der Käufer die Wette gewinnt, oder ob er als Käufer den Euro bezahlt und ihn zurück erhält, weil er die Wette gewinnt. Im Jargon der Wette sagt man, die Zahlungsbereitschaft sagt aus, bei welchem Preis es jemandem egal ist, auf welcher Seite der Wette er steht. Sie drücke daher den fairen Preis der Wette aus. Die Wahrscheinlichkeit entspricht also dem fairen Preis der Ein-Euro-Wette oder der fairen Wettquote, wenn die Wette mehr als einen Euro auszahlt.<sup>79</sup>

Die Wettmethode leidet jedoch an dem Problem, dass der Nutzen in Geld nicht linear ist.<sup>80</sup> Vielmehr schätzt man Geld hoch, wenn man wenig davon hat, und man schätzt es wenig, wenn man viel davon hat. Wenn nun die Wette selbst dazu führen kann, dass man viel oder wenig Geld hat, ist es, als nutze man mit der Wette zur Vermessung der Überzeugungsgrade einen Zollstock, dessen Einheit am unteren Ende groß und am oberen Ende klein ist. Das kann nicht zu einer konsistenten Messung von Wahrscheinlichkeiten führen. Diese Sorge führte schon früh dazu, dass man bei der Bestimmung von Überzeugungsgraden das Modell des Erwartungswerts durch das Modell des Erwartungsnutzens ersetzte. Im Modell des Erwartungsnutzens werden die Geldwerte des Gewinns noch einmal anhand einer Nutzenfunktion transformiert, so dass der abnehmende Grenznutzen in Geld berücksichtigt wird.<sup>81</sup>

Diese Probleme sind wahrscheinlich überschätzt worden. Der abnehmende Grenznutzen in Geld sollte bei Wetten über Geldbeträge, die im Vergleich zum Gesamtvermögen einer Person klein erscheinen, praktisch gar keine Rolle spielen.<sup>82</sup> Das hatte schon *de Finetti* erkannt, der deshalb in den Chor der Stimmen, die Wahrscheinlichkeiten nur auf der Grundlage von Erwartungsnutzentheo-

<sup>78</sup> *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 68: Mit dem Angebot der Wette wird dann der Betrag „M“ festgesetzt, gegen den der Gefragte einen Betrag „N“ setzen soll. Der Gefragte gewinnt M + N, wenn das Ereignis E eintritt. Bleibt es aus, gewinnt der Fragende M + N. N : M sind die „odds“ bzw. ist die Wettquote des Gefragten auf E.

<sup>79</sup> *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 107.

<sup>80</sup> *Hájek*, in: *Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3.3.2; *Ramsey*, in: *Braithwaite (Hrsg.), Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 172.

<sup>81</sup> *Hájek*, in: *Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3.3.3; *Ramsey*, in: *Braithwaite (Hrsg.), Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 172 ff.; *Skyrmes*, *Choice and Chance*, 139; *Zynda*, in: *Hájek/Hitchcock (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1.

<sup>82</sup> *Rabin*, in: *Kahneman/Tversky (Hrsg.), Choices, values, and frames*, 202–208.

rien bestimmen wollten, ausdrücklich nicht einstimme.<sup>83</sup> Das Erwartungsnutzenkonzept löst dieses vergleichsweise kleine<sup>84</sup> Problem um den Preis der Verwendung eines Straußes von verschiedenen Nutzenfunktionen, aus denen mehr oder weniger ad hoc gewählt wird. Letztendlich schafft die Messung von Überzeugungsgraden mit Hilfe eines Erwartungsnutzenansatzes mindestens so viele Probleme, wie sie löst. Sie macht sich abhängig vom umstrittenen Nutzenbegriff und dem mit ihm verbundenen Rationalmodell<sup>85</sup> und erhöht die Komplexität der Analyse enorm.<sup>86</sup> Wahrscheinlichkeiten sollten daher, wenn man Wetten verwenden will, einfach auf der Grundlage des Erwartungswertansatzes bestimmt werden, wobei man darauf Acht geben sollte, bekannte Verzerrungen – etwa um Wahrscheinlichkeiten sehr nahe von eins oder null herum<sup>87</sup> – zu vermeiden.<sup>88</sup> Die benannten Schwierigkeiten geben aber auch Anlass, noch einmal in Frage zu stellen, ob Wahrscheinlichkeiten wirklich in Wetten gemessen werden müssen. Die Verbindung von Bedürfnissen und Wahrscheinlichkeiten in der Definition von Wahrscheinlichkeit als Handlungsneigung erscheint nicht generell überlegen.<sup>89</sup> Näher läge dann die Messung von Wahrscheinlichkeiten ohne Bezugnahme auf menschliche Bedürfnisse.<sup>90</sup>

### cc) Epistemische Ansätze zur Messung von Überzeugungsgraden

In bestimmten Situationen kann man Überzeugungen auch ohne Bezugnahme auf Bedürfnisse leicht quantifizieren. Mit diesen leicht quantifizierbaren Überzeugungen lassen sich andere Wahrscheinlichkeiten in Bezug auf ihre Stärke vergleichen. Dadurch werden auch all die anderen Überzeugungen quantifizierbar.<sup>91</sup> Dieser Ansatz erscheint zugleich für das Modell eines Richters viel plausibler als die Bestimmung über Wetten.

In Situationen, in denen man den Zufallsmechanismus kennt, der das Ereignis produziert, lässt sich die Überzeugung, dass es zu einem bestimmten Ereignis

<sup>83</sup> *Finetti*, Theory of probability, 68.

<sup>84</sup> Über das Problem des abnehmenden Grenznutzens und der damit verbundenen Risikoaversion hinaus gibt es noch weitere, weniger prominente Probleme des Ansatzes. Zum Beispiel scheinen Menschen auch ihre Wahrnehmung von Wahrscheinlichkeiten zu verzerren, wie es *Tversky* und *Kahneman* in der probability weighting function ihrer Prospect Theory ausdrücken. In Verbindung dazu stellen sie einen „certainty bias“ fest. *Kahneman/Tversky*, *Econometrica* 1979, 263–292, 283; *Tversky/Kahneman*, *Journal of Risk and Uncertainty* 1992, 297–323, 310.

<sup>85</sup> *Kotzen*, in: *Hájek/Hitchcock* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 625–644, 628–629.

<sup>86</sup> *Hacking*, *An introduction to probability and inductive logic*, 102.

<sup>87</sup> Vgl. Fn. 84.

<sup>88</sup> *Finetti*, Theory of probability, 68f.

<sup>89</sup> *Hájek*, in: *Zalta/Nodelman/Allen u. a.* (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3.3.3.

<sup>90</sup> *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 212.

<sup>91</sup> Zur folgenden Methode vgl. *Finetti*, Theory of probability, 170; *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 105f.

kommt, unschwer quantifizieren. Man weiß, dass die verdeckt aus einer Vase mit 20 roten und 80 schwarzen Kugeln gezogene Kugel mit genau 20%iger Wahrscheinlichkeit rot sein wird. Ein Mensch, der den Zufallsmechanismus kennt, wird daher eine Überzeugung von 20% halten, dass die nächste Kugel rot sein wird. Soweit dürfte die Quantifizierbarkeit von Überzeugung nicht bezweifelt worden sein. Bezweifelt wird, dass eine Überzeugung wie die, dass es gestern in Hamburg mindestens einen Liter pro Quadratmeter geregnet hat, oder dass der Beklagte vor zwei Jahren den Kläger verletzt hat, quantifizierbar ist.

Das Gefühl der Erwartung, im Vasenbeispiel eine rote Kugel zu ziehen, kann man mit anderen Erwartungen vergleichen. Man kann sinnvoll sagen, ob die Erwartung einer roten Kugel im Beispiel höher oder niedriger liegt als die Erwartung, dass es gestern in Hamburg mindestens einen Liter pro Quadratmeter geregnet hat. Wenn die Erwartung – wie vielleicht naheliegt – höher liegt als die Erwartung einer roten Kugel im Vasenbeispiel, kann man sagen, dass man mit einer Überzeugung von über 20% erwartet, dass es gestern in Hamburg mindestens einen Liter pro Quadratmeter geregnet hat. Das ist schon eine Quantifizierung, wenn auch keine sehr präzise. Man kann die Überzeugung aber weiter präzisieren, wenn man seine Erwartung von Regen in Hamburg auch mit dem Zug einer roten Kugel aus einer Vase mit 60 roten und 40 schwarzen Kugeln vergleicht. Hier wäre die Überzeugung, eine rote Kugel zu ziehen, vielleicht höher als die Überzeugung, dass es gestern in Hamburg ausreichend geregnet hat.<sup>92</sup>

Zur Illustration der Möglichkeit des Vergleichs verschiedener Überzeugungen könnte man ein letztes Mal in abgeschwächter Form die Wettanalogie mobilisieren. Demjenigen, der einwendet, er könne die Erwartungsgrade nicht vergleichen, kann man erwidern, dass er doch prinzipiell auch eine Entscheidung treffen könnte, ob er zu einer bestimmten Quote eher auf das eine oder auf das andere Ereignis wetten wolle. Dem, der einwendet, dass er aus Prinzip nie wette, kann man erwidern, dass er zumindest als bloßer Beobachter erkennen könne, wann eine Wette fair ist – dann nämlich, wenn es einem hypothetischen Wettenden, der die fragliche Überzeugung hält, gleichgültig wäre, auf welcher Seite der Wette er stünde.<sup>93</sup> Dem Richter dürfte es aber bei der Beweiswürdigung viel näher liegen, seine Überzeugung mit dem „Urnenmaß“ abzugleichen, als sich eine Wettquote zu überlegen.

Es ist auch nicht schädlich, diese Quantifizierung der Grade explizit zu machen.<sup>94</sup> *Tetlock* berichtet im Gegenteil, dass die Quantifizierung der Erwar-

<sup>92</sup> Es regnet in Hamburg an etwa einem Drittel der Tage im Monat mindestens einen Liter pro Quadratmeter, <https://www.wetter.de/klima/europa/deutschland/hamburg-s101470.html> (zuletzt abgerufen am 20.12.2021). Das Maß „mm“ entspricht einem Liter pro Quadratmeter.

<sup>93</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 126 f.

<sup>94</sup> Diese „Scheingenaugigkeit“ durch Quantifizierung beklagend *Braun*, Lehrbuch

tungen in der Kommunikation von amerikanischen Geheimdienstmitarbeitern tatsächlich zu mehr Präzision und nicht bloß zur oft reflexartig gegen die Quantifizierung von Überzeugungen eingewandten „Scheingenauigkeit“ geführt hat.<sup>95</sup> In einer großangelegten Studie zeigen er und seine Koautoren auch eindrucksvoll, dass gerade solche Personen gute Vorhersagen machen, die eine Skala subjektiver Wahrscheinlichkeit mit besonders feinen Graden verwenden.<sup>96</sup> Die Umwandlung diffuser Überzeugungsgefühle in Wahrscheinlichkeiten führt also nachweislich zu einem Präzisionsgewinn.

Das Gedankenexperiment mit der Ziehung der Kugel zeigt auch anschaulich, dass subjektive Wahrscheinlichkeiten schlicht ein Wissensdefizit ausdrücken. Es gibt einen wahren Zustand der Welt (die Kugel hat eine bestimmte Farbe), man kennt ihn nicht (die Kugel ist verdeckt gezogen) und man kann ihn sich anhand der verfügbaren Information nur näherungsweise erschließen (man kennt die Verteilung der Farben in der Vase). Konzeptionell zeigt das, dass man zwischen Wahrheit und ihrer Erkenntnis genau differenzieren kann. Selbst wenn der Sprecher die Korrespondenz seiner Behauptung mit der Realität nicht erfasst, kann die Behauptung dennoch faktisch mit der Realität korrespondieren und daher wahr sein.<sup>97</sup> Der Wahrheitsbegriff bezieht sich dann auf die faktische Korrespondenz. Der Überzeugungsbegriff bezieht sich auf den Grad, der angibt, inwieweit jemand diese Korrespondenz zu erfassen glaubt. Wenn im Folgenden von Wahrscheinlichkeit gesprochen wird, so ist – soweit nichts Anderes ausgeführt wird – immer subjektive Wahrscheinlichkeit im soeben beschriebenen Sinne als Grad der Überzeugung von der Wahrheit gemeint.

*dd) Zwischenergebnis: Überzeugungen sind relativ*

Weil Überzeugungen Grade haben, sind sie relativ. Sie sind relativ zum Subjekt, das sie hält. Von der Wahrheit einer Aussage können unterschiedliche Personen zu unterschiedlichen Graden überzeugt sein. Sie sind auch relativ zu ihrer Grundlage und können daher auch relativ zu einem durch den Prozess bestimmten Ausschnitt der möglichen Information sein. Wem zur Bildung seiner Überzeugung viele Informationen zur Verfügung standen, mag zu einem höheren Grad von der Wahrheit oder Unwahrheit überzeugt sein, während jemand,

---

des Zivilprozessrechts, 739; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 134, Rn. 11 m. w. N.

<sup>95</sup> *Tetlock/Gardner*, Superforecasting, Kapitel 3, Abschnitt „Judging Judgements“. Dagegen stellt *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 78 das in Abrede, weil es „unmöglich ist, die Wahrscheinlichkeit für Tatsachenbehauptungen im Prozess mathematisch genau zu bestimmen.“ Eine mathematische Bestimmung ist aber gar nicht erforderlich, es genügt eine quantitative, vgl. angegebene Stelle bei *Tetlock* und auch in der nächsten Fußnote. Wie hier *Bruns*, Zivilprozessrecht, 245.

<sup>96</sup> *Friedman/Baker/Mellers* u. a., *International Studies Quarterly* 2018, 410–422; *Mellers/Stone/Murray* u. a., *Perspectives on Psychological Science* 2015, 267–281, 273, 275 f.

<sup>97</sup> *Grundmann*, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 34–35.

dem wenige Informationen zur Verfügung standen, eher Überzeugungen mittlerer Grade halten wird.

*d) Die Relativierung der Sachverhaltsfeststellung durch den Überzeugungsbegriff*

Wenn das Beweisrecht mit der Überzeugung des Richters auf ein relatives Konzept abstellt, braucht man die Wahrheit selbst nicht zu relativieren. Man kann die Informationsgrundlage der Wirklichkeitserforschung durch Beweisverbote, Verspätungsregeln und Parteidispositionen beschränken und in Reaktion darauf die Anforderungen an die Überzeugung auf ein im Leben brauchbares Maß<sup>98</sup> verringern. Die prozessrechtlichen Einschränkungen der Tatsachenermittlungen betreffen nur die Informationsgrundlage, aufgrund derer man sich der Wahrheit nähert. Die Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung, die man in einer bestimmten Überzeugung aufstellt, bleibt davon unberührt.<sup>99</sup> Wie aber die Überzeugung von der absoluten Wahrheit eine Abwägung der richterlichen Sachverhaltserkenntnis mit anderen Rechtsgütern ermöglicht, ist nun zu klären. Erst durch den Verzicht auf den formellen Wahrheitsbegriff kann die Sachverhaltserkenntnis überhaupt eine Rolle in rechtlichen Güterabwägungen spielen. Der Überzeugungsbegriff eröffnet ferner die Möglichkeit zur Fehleranalyse, die in Abwägungsprozessen ein Maß der Beeinträchtigung der richterlichen Sachverhaltserkenntnis liefert.

*aa) Die Abwägbarkeit der Überzeugungsbildung*

Wie schon gesehen, verändert die herrschende Meinung durch die Nutzung des formellen Wahrheitsbegriffs das Legitimationskriterium. Nicht (allein) die Gründe, die eine enge Korrespondenz<sup>100</sup> mit den realen Tatsachen belegen, rechtfertigen es, dem an der formalen Wahrheit orientierten Prozess einen ermittelten Sachverhalt zu Grunde zu legen, sondern Legitimität wird vermittelt durch seine Ermittlung im Einklang mit den Prozessrechtsregeln.<sup>101</sup>

Dieser Wechsel des Kriteriums bewirkt, dass die Wahrheit als selbständiger, die Auslegung leitender Gesichtspunkt verschwindet. Unschärfen in den Pro-

<sup>98</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 32.

<sup>99</sup> Vgl. soeben Fn. 97. Dass die Wahrheit einer Aussage unabhängig von der Überzeugung des Sprechers ist, zeigt sich im Übrigen im Wissensbegriff, der neben der Wahrheit der Proposition und der Überzeugung von der Wahrheit ein drittes Element erfordert, das eine Beziehung zwischen Wahrheit und Überzeugung erst gewährleistet, Grundmann, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 92 ff.

<sup>100</sup> Grundmann, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 34 f., 46 ff. Zugrunde gelegt etwa in Damaska, Hastings Law Journal 1998, 289–308, 291–301; Koussoulis, in: Gottwald/Prütting (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, 277–288, 280–283; AK-ZPO/Rüßmann, § 286 ZPO Rn. 14; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 47.

<sup>101</sup> Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 8.

zessrechtsnormen anhand des formalen Wahrheitsbegriffs auszulegen, wäre ein Zirkel: der formale Wahrheitsbegriff würde auf die Prozessrechtsnormen, die er konkretisieren soll, zurückverweisen. Für Interessenabwägungen, etwa bei der Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliegt, wäre ein formalisierter Wahrheitszweck verloren, denn sein Gehalt hinge vom Ausgang der Abwägung ab. Dass in der Behandlung von Beweisverwertungsverböten tatsächlich dennoch das Wahrheitsziel zur Begründung der Verwertbarkeit illegal erlangter Beweismittel verwendet wird, nimmt *Schweizer* zu Recht als Indiz, dass die betreffenden Autoren eigentlich davon ausgehen, dass das Ziel des Prozesses die Erkenntnis der materiellen Wahrheit sei.<sup>102</sup>

Die Aufwertung der Prozessregeln als Legitimationsgrund des festgestellten Sachverhalts erschwert die teleologische Auslegung prozessualer Regeln der Sachverhaltsermittlung. Der Begriff der formellen Wahrheit erklärt etwaige Abwägungen zwischen verschiedenen Prozesszwecken, -maximen und -wirkungen implizit für vorweggenommen: Die vorgefundene Formalisierung wird nicht hinterfragt, sondern ist selbst ausreichende Rechtfertigung der Ergebnisse, die sie generiert. Eine Relativierung von Prozessmaximen durch das Wahrheitsziel kann es dann nicht geben, weil das Wahrheitsziel gegenüber den Prozessmaximen nicht eigenständig wäre. Eine „Wertungslücke“, die sich durch den Widerspruch zwischen Wahrheitszweck und prozessrechtsgemäßer Tatsachenermittlung ergeben könnte, und die vielleicht mit einer Aufklärungspflicht zu schließen wäre, könnte nicht bestehen, wenn die Wahrheit dem einfachen Prozessrecht untergeordnet würde.<sup>103</sup> Entsprechend lässt sich die Parteihoheit leichter etwa dahingehend einschränken, dass das Gericht seiner Entscheidung bei Zweifeln an der Wahrheit unstreitigen Vorbringens trotz §§ 138 III und 288 I ZPO *nicht* zu Grunde legen muss, wenn man absolute Wahrheit für das (Zwischen-)Ziel des Zivilprozesses hält.<sup>104</sup> Ebenso lässt sich die strenge Beachtung des rationalen Umgangs mit Wahrscheinlichkeiten und wohl auch ein fehlerminimierendes Beweismaß von 50 % plus x eher begründen, wenn man meint, der Prozess strebe nach materieller Wahrheit, als wenn man die konkreten Prozessregeln der ZPO über den Erkenntniszweck stellt.<sup>105</sup>

Das Abstellen auf die (relative) Überzeugung von der materiellen Wahrheit macht die Wahrheitserkenntnis vom übrigen Prozessrecht begrifflich unabhängig und ermöglicht es damit, sie in Güterabwägungen einzustellen. Dafür ist es aber notwendig, klar zu formulieren, auf welche Weise die Bildung einer Über-

<sup>102</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 46.

<sup>103</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 29 ff. folgert entsprechend die „Gewährleistung eines auf Wahrheitsfindung angelegten Gerichtsverfahrens“ aus der Verfassung, um so eine Wertungslücke zu begründen.

<sup>104</sup> *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 2, 4, 362; *Scherer*, Deutsche Richterzeitung 1996, 58–62, 61.

<sup>105</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 125 ff., 482 ff.

zeugung von der Wahrheit eingeschränkt wird, wenn dem Richter der Rückgriff auf bestimmte Informationsgrundlagen entzogen wird. Auch die Formulierung dieser Einschränkung lässt sich mit Hilfe des Begriffs der graduellen Überzeugung bewerkstelligen. Der Überzeugungsbegriff eröffnet erst einen Diskurs über Fehler bei der Sachverhaltsfeststellung.

*bb) Die Bemessung von Einschränkungen der Wahrheitserkenntnis*

Das Abstellen auf den relativen Überzeugungsbegriff schafft auch einen begrifflichen Rahmen, mit dessen Hilfe die Einschränkung der Wahrheitserkenntnis durch den Vorzug anderer Rechtsgüter bemessen werden kann. Die Erhöhung oder Verringerung der Häufigkeit fehlerhafter Sachverhaltsfeststellungen kann als Maß dienen, wie weit die Sachverhaltserkenntnis eingeschränkt wird. Dieses Maß macht eine Güterabwägung erst praktikabel. So kann es sinnvoll gerechtfertigt werden, dem Richter bestimmte Informationen bei der Sachverhaltsermittlung vorzuenthalten.

Das Beweismaß beschreibt das Kriterium, bei dessen Erfüllung der Beweis gelungen ist.<sup>106</sup> § 286 I 1 ZPO verweist für dieses Kriterium auf die Überzeugung des Richters:<sup>107</sup> „Das Gericht hat [...] nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.“ Das Beweismaß ist der Mindestgrad dieser Überzeugung, ab dem der Beweis als gelungen angesehen werden kann und muss.<sup>108</sup> Auf dieser Grundlage ist das Beweismaß eine – nach herrschender Meinung sehr hohe<sup>109</sup> – subjektive Wahrscheinlichkeit der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung.<sup>110</sup>

Das Beweismaß korrespondiert zunächst als Überzeugung mit den Fehlervermeidungsbemühungen eines Richters. Es sollte offensichtlich sein, dass ein Richter, der eine Überzeugung von 84 % hält, dass die Klage in tatsächlicher Hinsicht begründet ist, mit 16 % subjektiver Wahrscheinlichkeit davon ausgeht, dass sie in tatsächlicher Hinsicht unbegründet ist. Die beiden Möglichkeiten, „begründet“ und „unbegründet“ schließen sich gegenseitig aus und bilden den gesamten Raum der Möglichkeiten ab. Irgendetwas muss die Klage ja sein – entweder berechtigt oder unberechtigt. Mit anderen Worten: Wahrscheinlichkeiten von Aussagen, die sich gegenseitig ausschließen und zugleich den gesamten

<sup>106</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 4; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 17, 28; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 15.

<sup>107</sup> Greger, VersR 1980, 1091–1104, 1102; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 4.

<sup>108</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 4; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 28, 35; Saenger-ZPO/Saenger, § 286 ZPO Rn. 12; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 15, 80.

<sup>109</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 24; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 35–36, 41; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 7, 11.

<sup>110</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 41; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 15, 80; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 4, 11.



Raum der Möglichkeiten bilden, addieren sich zu eins. Wenn der Richter entscheidet, er werde diese Klage bei einer Überzeugung von 92 % zusprechen, entscheidet er sich also dazu, mit 92 % subjektiver Wahrscheinlichkeit richtig – und das soll hier heißen, den Fall im Einklang mit dem materiellen Recht zu entscheiden – und mit 8 % falsch zu entscheiden. Wenn er entschiede, die Klage abzuweisen, würde er spiegelbildlich mit 92 % Wahrscheinlichkeit falsch und mit nur 8 % Wahrscheinlichkeit richtig entscheiden. Die subjektive Wahrscheinlichkeit der zutreffenden Sachverhaltserfassung korrespondiert also, wenn man auf Grundlage der Sachverhaltsermittlung eine Entscheidung trifft, mit der subjektiven Fehlerwahrscheinlichkeit. Auch die subjektive Fehlerwahrscheinlichkeit ist ein Grad der subjektiven Erfassung einer Realität.

Zwischen Überzeugungen und Häufigkeiten besteht eine Wechselwirkung, die erst im übernächsten Kapitel (§ 5 III.–§ 5 V.) genauer analysiert wird. Wir halten hohe Überzeugungen von Geschehnissen, deren Vorkommen wir für relativ häufig halten. Und wir erwarten, dass Dinge, von deren Eintreten oder Vorliegen wir besonders überzeugt sind, häufiger eintreten oder vorliegen als Dinge, von deren Eintreten oder Vorliegen wir weniger überzeugt sind. Eine Überzeugung des Richters vom Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen von 92 % entspricht auch der Erwartung, dass, über die Masse all seiner Entscheidungen, in denen er vom Vorliegen der anspruchsbegründenden Fälle zu 92 % überzeugt war, die anspruchsbegründenden Tatsachen tatsächlich in 92 % der Fälle vorlagen. Entsprechend erwartet der Richter umgekehrt, in 8 % dieser Fälle die jeweilige Klage zugesprochen zu haben, obwohl die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht vorlagen.

Mit dem Beweismaß regelt der Gesetzgeber das Risiko der Parteien dadurch, dass er die Richter dazu anhält, eine bestimmte Fehlerhäufigkeit zu generieren.<sup>111</sup> Nehmen wir an, das Beweismaß liege bei 84 %.<sup>112</sup> Ein Beweismaß von 84 % kommuniziert dem Richter, dass der Gesetzgeber es akzeptabel findet, dass er auch Klagen bei einer Überzeugung zuspricht, bei der er erwarten muss,

<sup>111</sup> *Baumgärtel*, in: Hirsch (Hrsg.), Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 165–181, 174–177; *Engel*, Vermont Law Review 2009, 435–467, 443; *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 92.

<sup>112</sup> Das Beweismaß ist nirgends verbindlich quantifiziert. Es wird der Rechtsprechung als ein „für das praktische Leben brauchbare(r) Grad von Gewißheit“ beschrieben, „der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“ (BGH NJW 1970, 946, 948). Ein Teil der Literatur interpretiert diesen Maßstab als sehr hohe Wahrscheinlichkeit (Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 24; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 35, 41), ohne dass spezifiziert würde, was hoch genau in Zahlen bedeutet. Die quantitative Bestimmung des Beweismaßes ist nicht Thema dieser Arbeit. Ich werde in Beispielen als deutsches Beweismaß 84 % wählen. In einer Vignettenstudie von Mark Schweizer 2016 mit schweizerischen Richtern (N=76) und Gerichtsschreibern (N=84, d.h. für die Richter arbeitende Richteramtswärter) sind diese, wenn sie eine Leistungsklage zusprechen, vom Vorliegen der tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen im Durch-

in 16 % der Fälle zugesprochen zu haben, obwohl die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht vorlagen.

Bei der Ermittlung des Sachverhalts machen Richter notwendigerweise Fehler. Es kann geschehen, dass sie einen in Wahrheit bestehenden Anspruch nicht zusprechen (sogenannte falsch-negative Entscheidung). Oder es kann sein, dass sie einen in Wahrheit nicht bestehenden Anspruch fälschlicherweise zusprechen (sogenannte falsch-positive Entscheidung). Ein hohes Beweismaß macht falsch-positive Entscheidungen (man spricht zu, obwohl die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht vorlagen) seltener: Ein Anspruch wird nur zugesprochen, wenn die subjektive Wahrscheinlichkeit für sein Bestehen sehr hoch liegt. Das ist schwer zu erreichen und geschieht daher umso seltener, je höher das Beweismaß liegt. Dass ein nicht bestehender Anspruch zugesprochen wird, wird damit seltener. Dasselbe hohe Beweismaß vermehrt aber in notwendigem Reflex falsch-negative Entscheidungen: Weil ein Anspruch eben nur zugesprochen wird, wenn die subjektive Wahrscheinlichkeit für sein Bestehen sehr hoch liegt, wird es häufiger vorkommen, dass ein Anspruch, der in Wahrheit besteht, fälschlicherweise *nicht* zugesprochen wird.<sup>113</sup>

Dem Richter Information vorzuenthalten, dürfte sowohl falsch-positive als auch falsch-negative Entscheidungen vermehren, weil die Überzeugungen des Gerichts insgesamt erratischer werden. Stärker erhöhen dürften sich aber falsch-negative Entscheidungen (Klageabweisungen trotz Bestehen des Anspruchs), weil das Vorenthalten von Information es dem Richter erschwert, das Beweismaß der sehr hohen Wahrscheinlichkeit zu erreichen, so dass häufiger nach Beweislast entschieden wird, die in der Regel der Kläger einer Leistungsklage trägt. In Rechtsgüterabwägungen ist die Beeinträchtigung der richterlichen Sachverhaltserkenntnis also mit der erhöhten Fehlerhäufigkeit einzustellen. Diese Einsicht mag wenig überraschen, aber die eigentliche Einsicht dieses Abschnitts ist, dass es konzeptionell erst möglich wird, die Erhöhung der Fehlerhäufigkeit in rechtlichen Abwägungen zu berücksichtigen, wenn man auf den Begriff der formellen Wahrheit verzichtet und stattdessen auf die Überzeugung von der materiellen Wahrheit abstellt.

### *cc) Zwischenergebnis: Güterabwägung durch relativierende Überzeugung*

Die relative Natur der Überzeugung erlaubt eine Abwägung mit anderen Werten und Zwecken des Zivilprozesses, des materiellen Rechts und der Verfas-

---

schnitt zu rund 84 % überzeugt. In der Schweiz gilt, wie in Deutschland, das Beweismaß der vollen Überzeugung.

Dieses Maß ist das höchste sich aus der Studie ergebende. Sinnvoll wäre etwa auch das Maß von nur knapp 63 %, ab dem die Richter und Gerichtsschreiber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zusprechen.

<sup>113</sup> Engel, Vermont Law Review 2009, 435–467, 445; AK-ZPO/Rüßmann, §286 ZPO Rn. 8.

sungsordnung. Man kann es erschweren, den geforderten Überzeugungsgrad zu erreichen und dadurch bewusst die Anzahl fehlerhafter Urteile erhöhen, wenn man diese Rechtsverfehlung angesichts anderweitiger überwiegender Rechtswerte für gerechtfertigt hält. Beweisverwertungsverbote, Zeugnisverweigerungsrechte,<sup>114</sup> die Zurückweisung von verspätetem Vorbringen und Beweisanträgen mögen alle im Einzelfall die Suche nach der materiellen Wahrheit erschweren.<sup>115</sup> Aber zur Wahrung der Rechte des durch ein Beweiserhebungsverbot oder ein Zeugnisverweigerungsrecht Geschützten oder zur Beschleunigung der Rechtsfindung wird nicht die materielle Wahrheit, sondern die richterliche Überzeugungsbildung mit der Folge einer Erhöhung von Fehlurteilen eingeschränkt. Diese zwei Positionen sind zur Auffindung einer praktischen Konkordanz abzuwägen, wie es in der Begründung von Beweisverwertungsverboten auch geschieht.<sup>116</sup> Die Dispositionen der Parteien, die sie einvernehmlich über den Sachverhalt treffen können,<sup>117</sup> und die Beschränkung auf den Strengbeweis<sup>118</sup> werden ebenfalls aufgrund einer Abwägung von Prozessökonomie und Präzision der richterlichen Überzeugung akzeptiert, die den absoluten Wahrheitsbegriff unangefochten lässt.

Ist die Erschwerung der Überzeugungsbildung ausreichend gerechtfertigt, besteht kein ausgleichungsbedürftiges Legitimationsdefizit, das durch einen formalen Wahrheitsbegriff bemäntelt werden müsste. Die Akzeptanz der Entscheidung wird – im Gegenteil – durch die praktische Konkordanz zwischen den Rechtsgütern unter Einbeziehung der Sachverhaltsermittlung erhöht.

#### *4. Zwischenergebnis: Ein genuin zivilprozessualer Wahrheitsbegriff ist überflüssig*

Im Ergebnis ist also festzustellen, dass kein Bedürfnis für einen zivilprozessualen Fachbegriff besteht, der die Wahrheit anders als der allgemeine Sprachgebrauch und die Philosophie als relativ definiert. Richter müssen epistemische Realisten sein und einen absoluten Wahrheitsbegriff verwenden. Eine Relativierung des Begriffs ist überflüssig, denn das Gesetz stellt nicht auf Wahrheit ab, sondern auf Überzeugung von der Wahrheit. Diese ist relativ, überfordert den Richter nicht und kann abgewogen werden.

<sup>114</sup> Die etwa MüKo-ZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 8, 107 gegen den materiellen Wahrheitsbegriff in Stellung bringt.

<sup>115</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 8, 107.

<sup>116</sup> Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 46.

<sup>117</sup> Diakonis, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 41.

<sup>118</sup> Diakonis, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 40.

## III. Zwischenergebnis

Man hat zur Rettung des formellen Wahrheitsbegriffs versucht, seine praktische Relevanz zu relativieren. Die „formale Wahrheit“ soll sich von der „materiellen“ dadurch unterscheiden, dass sie einen Sachstand bezeichnet, der unter Einhaltung der prozessualen Regeln ermittelt wurde; die Unterscheidung formal versus materiell beziehe sich also nicht auf „die Art der Wahrheit“ sondern auf „das Verfahren, durch das der Richter zu einem Beweisergebnis kommt“.<sup>119</sup> Scheinbar benennt das Attribut „formal“ also bloß zutreffend, dass der Zivilprozess den Richter bei seiner Tatsachenermittlung an gewisse Regeln bindet und dass „eine Suche nach naturwissenschaftlicher Wahrheit [solche Regeln] nicht anerkennen könnte“,<sup>120</sup> obwohl der Prozess auf eine möglichst große Übereinstimmung von formeller und materieller Wahrheit ziele.<sup>121</sup> Aber warum sollten die Autoren, die allesamt darin geübt sind, mit scharfen Argumenten in juristischen Diskussionen präzise zu argumentieren, „formelle Wahrheit“<sup>122</sup> schreiben, wenn sie „formalisiertes Verfahren“ meinen? Der formelle Wahrheitsbegriff ist nicht zu halten. Der zivilprozessuale Wahrheitsbegriff ist absolut. Der Richter ist vom Gesetz auf eine realistische Position festgelegt. Wahrheit im zivilprozessualen Sinne ist die Korrespondenzbeziehung zwischen einer Behauptung über die Realität und der Realität selbst. Die von der herrschenden Meinung angestrebte Relativierung wird zur Gänze durch das Kriterium der Überzeugung des Richters von der Wahrheit geleistet. Die wertgeleitete und die funktionale Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes verlangen daher Aufklärung in dem Sinne, dass der Beibringungsgrundsatz effektiv dazu beitragen muss, einem Urteil einen materiell wahren Sachverhalt zu Grunde zu legen.

---

<sup>119</sup> Diakonis, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, 40; MüKo-ZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 8, 107.

<sup>120</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 284 ZPO Rn. 8.

<sup>121</sup> Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 4.

<sup>122</sup> Bzw. prozessordnungsgemäße, formelle, subjektive Wahrheit.



## § 4 Die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten: Beweiswürdigung als Updating

Mit Hilfe sozialwissenschaftlicher Mittel soll in dieser Arbeit ausgelotet werden, wie weit der Beibringungsgrundsatz tatsächlich trägt. Kann er Fälle, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei über aussagekräftige Beweismittel verfügt, wirklich nicht aufklären? Diese Vermessung liefert die Grundlage der Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes. Kann er nicht aufklären, steht der Beibringungsgrundsatz fundamental in Frage. Kann er aufklären, erweisen sich die Diskussionen um Aufklärungsansprüche und um die Relativierung des Beibringungsgrundsatzes als weitgehend obsolet.

Für dieses Vorhaben sind Vorbereitungen erforderlich. Die Vermessung der Wirksamkeit des Beibringungsgrundsatzes erfordert ihre Beschreibung. Die juristische Methode des syllogistischen Subsumierens von Sachverhalt unter Normen liefert keine Mittel zur Beschreibung der Welt. Sie setzt die Beschreibung der Welt voraus. Der Auslegungskanon beschäftigt sich mit der Bildung des Obersatzes. Beim Formulieren des Untersatzes ist der Jurist auf sich allein gestellt. Es ist daher erforderlich, ein Instrumentarium einzuführen, mit dessen Hilfe die Funktionsweise des Beibringungsgrundsatzes in einer dem Erkenntniszweck angemessen, realitätsnahen Idealisierung beschrieben werden kann.

Der Beibringungsgrundsatz nutzt den Konflikt der Parteien, die neutrale Stellung des Richters und dessen Fähigkeit, sich als gebildeter Mensch Überzeugungen zu bilden, um wahre Tatsachenbehauptungen zur Grundlage der Gerichtsentscheidung zu machen. Der Überzeugungsbildung des Richters kommt dabei eine überragende Bedeutung zu. Der Beibringungsgrundsatz legt die Schaffung der Tatsachengrundlage in die Hände der Parteien. Aber soweit der Sachverhaltsvortrag auch nach der Beweiserhebung streitig bleibt, entscheidet die Überzeugung des Richters über die Tatsachengrundlage der gerichtlichen Entscheidung. Die Überzeugungsbildung des Richters steht am Ende der Tatsachenfeststellung, aber sie überschattet die strategische Interaktion des „Beibringens“ von Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln durch die Parteien von Anfang an. Die Parteien schauen auf die Überzeugungsbildung des Richters, wenn sie im Streit über die Sachverhaltsfeststellung ihre strategischen Entscheidungen treffen. Eine Beschreibung der Funktionsweise des Beibringungsgrundsatzes muss daher mit einer Beschreibung der Überzeugungsbildung des Richters beginnen. Diese Überzeugungsbildung ist normativ durchdrun-

gen. Der Richter soll sich nicht irgendwie eine Überzeugung bilden. Ein idealer Richter würde sich in Ausübung seines Amtes die Wertungen der Rechtsordnung zur Präferenz machen. Die Rechtsordnung sollte dann Wert darauf legen, dass er sich nicht durch irrationale Überzeugungsbildung zu diesen Präferenzen in Widerspruch setzt. Dieses Anliegen der Rechtsordnung begründet den Bedarf nach einer Logik, mit deren Hilfe der Richter seine Überzeugungsbildung auf Widerspruchslösigkeit prüfen kann. Eine solche Logik bietet die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten (§ 4 I.).<sup>1</sup> Um das gefundene Modell dahingehend prüfen zu können, ob die Einhaltung seiner Regeln wirklich rational ist, und auch um es im Verlauf der Arbeit anwenden zu können, ist es selbst vorzustellen: Die Wahrscheinlichkeitstheorie gründet auf Axiomen (§ 4 II.), aus denen bestimmte Regeln folgen (§ 4 II. für einfache Wahrscheinlichkeiten und § 4 III. für bedingte). Zu diesen Regeln gehört nicht zuletzt der Satz von *Bayes*. Weil sie in dieser Arbeit breite Verwendung finden wird, ist auch die Methode der Darstellung des „Updating“ von Überzeugungen angesichts neuer Evidenz mit Hilfe von Baumdiagrammen vorzustellen (§ 4 IV.). Ist die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten schließlich vorgestellt, kann untersucht werden, ob ein rationales Subjekt, und also auch ein rationaler Richter, die Regeln der Wahrscheinlichkeitstheorie beim induktiven Schließen wirklich befolgen würde (§ 4 V.). So legt dieses Kapitel das Fundament für die Verwendung der Wahrscheinlichkeitstheorie als Analysemethode in dieser Arbeit.

### I. Die Wahl des Modells der Überzeugungsbildung: „A logic of partial belief“

Der folgende Abschnitt begründet den Bedarf für eine idealisierte Beschreibung rationaler Beweiswürdigung und stellt als Kandidat die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten zur Diskussion. Idealisierung ist notwendig, um verallgemeinerungsfähige Strukturen zu erkennen (§ 4 I.1.). Die Idealisierung, die in dieser Arbeit hinsichtlich der Beweiswürdigung vorgenommen wird, ist eine normative. Der Richter soll die Beweise „richtig“ würdigen. Daher muss die Beschreibung seines Tuns in einer Idealisierung *richtigen* Schließens aus Beweismitteln bestehen (§ 4 I.2.). Eine solche Idealisierung würde ein System leisten, dass einen widerspruchslösen Umgang mit den Überzeugungen des Richters gewährleistet, so wie es Logik in Anwendung auf deduktive Schlüsse tut (§ 4 I.3.). Aber in der Beweiswürdigung sind induktive Schlüsse unumgänglich,

<sup>1</sup> Zuvor schon für die Nutzung der Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten in der Beweiswürdigung *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 98; *Bender/Hücker/Schwarz*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Rn. 683 ff.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 61; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 113 ff., 124 f., alle mit weiteren Nachweisen.

so dass die gesuchte Logik induktiv sein müsste (§ 4 I. 4.). Die Suche nach einer Idealisierung der rationalen Beweiswürdigung als widerspruchsfreie Induktion verweist so schließlich auf die Wahrscheinlichkeitstheorie, die zumindest den kohärenten Umgang mit Graden von induktiver Stärke gewährleistet (§ 4 I. 5.).

### 1. Die Erforderlichkeit eines Modells

Die Überzeugungsbildung des Richters ist ein komplexer Vorgang. Der Richter vollzieht dabei aufwändige kognitive Prozesse, die sich kaum abschließend beschreiben lassen. Sein Schlussfolgern ist geformt durch die langjährige Lebenserfahrung und diese Lebenserfahrung ist auch noch von Mensch zu Mensch und damit auch von Richter zu Richter höchst unterschiedlich. Wenn die Funktionsweise des Beibringungsgrundsatzes beschrieben wird, um ihre Reichweite zu ermessen, ist eine „naturgetreue Abbildung“, eine Beschreibung aller Einzelheiten der Schaffung von Tatsachengrundlagen für gerichtliche Entscheidungen, sinnlos. Man verlöre sich hoffnungslos in der Fülle an Details. Abstraktion ist erforderlich. Erst Abstraktion kann eine Beschreibung so vereinfachen, dass sie praktisch handhabbar ist.<sup>2</sup> Erst die Abstraktion ermöglicht es, den „Mechanismus“ zu erkennen, der im Beibringungsgrundsatz wirkt. Dazu wird Unwesentliches als nicht existent behandelt,<sup>3</sup> komplexe Strukturen, die wesentlich sind, werden durch einfache Annahmen ersetzt, die erkennbar nicht die Realität beschreiben, wie sie ist.<sup>4</sup> Die Realität wird nicht direkt erforscht, sondern die Untersuchung eines idealisierten Modells erlaubt es, in der Realität wiederzuerkennen, was am Modell entdeckt und beschrieben wurde.<sup>5</sup> Was als unwesentlich ausgeblendet und was als wesentlich in das Modell aufgenommen wird, entscheiden Zweckmäßigkeitserwägungen.<sup>6</sup> Der Zweck ist die Beantwortung der Forschungsfrage. Von ihr hängt damit die Wahl des Modells ab. Die in dieser Arbeit gestellte Frage lautet: Klärt der Beibringungsgrundsatz Fälle, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf Beweismittel hat, auf?

---

<sup>2</sup> Frigg, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1.

<sup>3</sup> Frigg, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1: „aristotelische Modelle“.

<sup>4</sup> Frigg, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1: „galileische Modelle“.

<sup>5</sup> Frigg, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3. Konkret und eingängig zum bayesianischen Updating als Modell des Indizienbeweises *Bender/Häcker/Schwarz*, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, Rn. 645–646. Vgl. ähnlich auch *Posner*, *Stanford Law Review* 1999, 1477–1546, 1479.

<sup>6</sup> *Bradley*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3.4.2; *Frigg*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1; *McElreath*, *Statistical Rethinking*, 1.



## 2. Der rationale Richter als eine normative Idealisierung

Die erste Weiche, die auf dem Weg zu einem nützlichen Modell für die Beantwortung der genannten Frage gestellt werden muss, führt entweder zu einer deskriptiven oder zu einer normativen Abbildung der Überzeugungsbildung.

Die Entscheidung für eine deskriptive Abbildung der Überzeugungsbildung würde in die Wissenschaften führen, die das Denken beschreiben. Sie könnte in die Verhaltensökonomik führen, wenn das Interesse an Handlungsergebnissen überwiegt, oder in die Psychologie, wenn das Interesse an kognitiven Prozessen überwiegt. Besonders psychologische Zwei-Prozess-Modelle könnten es erlauben, zu erklären, wie Richter in der Lage sind, zugleich sehr viele Informationen sehr schnell zu verarbeiten und dennoch mit relativ konsistenten Begründungen für ihre Überzeugungen aufzuwarten.<sup>7</sup> Sie würden auch zeigen, dass Richter in einer Reihe von Situationen vorhersehbar Fehler machen.<sup>8</sup>

Mit einem normativen Modell würde man dagegen eine Form der Überzeugungsbildung beschreiben, von der anzunehmen ist, dass sie allgemein als richtig angesehen wird. Der modellierte Richter würde immer „richtig“ denken, so dass seine Überzeugungen allgemein nicht als fehlerhaft angesehen würden. Ob Richter bei der Beweiswürdigung wirklich wie beschrieben vorgehen, ist dann zweitrangig, solange unbestritten wäre, dass der modellierte Richter ein normatives Ideal repräsentierte. Um die Einsichten dieses Modells dennoch zurück auf die Realität übertragen zu können, dürfte sich das Modell indes nicht zu weit von der Realität entfernen. Es bliebe sicherzustellen, dass reale Richter zumindest prinzipiell wie der Modellrichter handeln *könnten*, dass also ein denkbarer Weg bestünde, um einen realen zu einem annähernd idealen Richter zu machen – etwa, indem man ihm zu genügend Zeit und Motivation verhülfe, ihn in logischem Schließen schulte oder ähnliches.

Für die hier verfolgte Frage, wie der Beibringungsgrundsatz zu Gunsten der Wahrheitsfindung wirkt, erscheint die Wahl eines normativen Modells vorzuzugewürdigt. Erstens erlaubt es die Wahl eines normativen Modells zunächst abzustecken, was überhaupt möglich wäre. Was ein idealer Richter mit Hilfe des Beibringungsgrundsatzes nicht herausfinden kann, bleibt einem realen Richter erst recht verschlossen. Die Wahl eines normativen Modells „vergrößert“ das Potential des Beibringungsgrundsatzes wie unter einer Lupe. Zweitens erscheint es zielführend, den Abgleich mit der Realität auf später zu verschieben.<sup>9</sup> Beschreibende Modelle menschlicher Überzeugungsbildung sind zwar viel einfacher gebaut als die Prozesse des menschlichen Gehirns, aber sie sind immer noch sehr kompliziert. Die Befunde der Entscheidungspsychologie gleichen oft einem

<sup>7</sup> Zamir/Teichman, Behavioral Law and Economics, 21 ff., 528 ff.

<sup>8</sup> Zamir/Teichman, Behavioral Law and Economics, 532 ff.

<sup>9</sup> Vgl. hinten § 7 IV.3.

Setzkasten von „Verhaltenseffekten“.<sup>10</sup> Vereinheitlichende Verhaltensmodelle finden sich kaum<sup>11</sup> und solche, die sich finden, haben oft nur beschränkte Vorhersagekraft im Einzelfall und außerhalb des Labors.<sup>12</sup> Dieser Umstand verkompliziert die Arbeit mit beschreibenden psychologischen Modellen an großen gesellschaftlichen Aggregaten. Zielgerichteter erscheint es angesichts dieses Befunds, zunächst zu prüfen, welche Wirkung der Beibringungsgrundsatz bei Unterstellung eines idealen Richters hat. In einem zweiten Schritt kann man dann abschätzen, ob der Beibringungsgrundsatz diese Wirkungen auch unter Berücksichtigung der in der Psychologie aufgefundenen Verhaltenseffekte und -verzerrungen mit realen Richtern erzielen könnte.

Aus diesen Gründen wird im Folgenden ein Richter unterstellt, der hinsichtlich der Tatsachenbehauptungen der Parteien eine in Graden messbare Überzeugung im Sinne subjektiver Wahrscheinlichkeiten hält und diese unter Wahrung der Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung „rational“ verarbeitet. Die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten ist in dieser Hinsicht normativ. Sie soll bestimmte Arten der Überzeugungsverarbeitung als rational anempfehlen oder gar vorschreiben. Die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten empfiehlt sich auf natürliche Weise als Modell, seit gezeigt ist, dass die richterliche Überzeugung Grade hat, die sich in Zahlenwerten ausdrücken lassen. Die Wahrscheinlichkeitstheorie ist in ihrer subjektiven Interpretation gerade dazu bestimmt, aufzuzeigen, wie solche Überzeugungsgrade widerspruchsfrei zu verarbeiten sind. Sie gilt als „logic of partial belief“<sup>13</sup>, als „Logik der Überzeu-

<sup>10</sup> Vgl. zum Thema die Aufsatzreihe von *Rachlinski* und Koautoren, zusammengefasst in *Rachlinski/Wistrich*, Annual Review of Law and Social Science 2017, 203–229, die streng nach „Verhaltenseffekten“ vorgeht. *Rachlinski* und Koautoren haben zwar eine theoretische Einordnung auf der Grundlage des zwei-Prozess-Modells vorgenommen (vgl. *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell Law Review 2007, 1–43). Diese ist aber – wie das zwei-Prozess-Modell – so allgemein, dass es schwer ist, auf seiner Grundlage Vorhersagen zu formulieren. Interessant ist etwa, dass die grundsätzliche Aussage des zwei-Prozess-Modells ist, System 1 verarbeite Information schnell und ohne Aufwand, mache aber Fehler. System 2 kontrolliere System 1 durch algorithmisches Denken. Die Grundvorhersage sollte also sein, dass Menschen, denen die Nutzung von System 2 leichter fällt, was der Cognitive Reflection Test (CRT) messen soll, weniger Verhaltensverzerrungen unterliegen. Selbst das ist aber nicht durchgängig der Fall. Ein hoher CRT-Score korreliert etwa nicht mit geringerem anchoring-, framing- oder hindsight-bias, *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Duke Law Journal 2009, 1477–1529. Vgl. ferner die vollständig nach Verhaltenseffekten vorgehende Darstellung bei *Zamir/Teichman*, in: *Zamir/Teichman* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, 664–702.

<sup>11</sup> Vgl. nur die sehr abstrakte Beschreibung von story-model und coherence based reasoning in *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 21 ff., 532 ff.

<sup>12</sup> Vgl. exemplarisch die Diskussion bei *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics zu story-models und coherence based reasoning, die einerseits mit bayesianischer Wahrscheinlichkeitsverarbeitung inkompatibel sein sollen (528), dann aber doch mit Bayesianismus kompatibel sind (531).

<sup>13</sup> *Ramsey*, in: Braithwaite (Hrsg.), Foundations of Mathematics and other Logical Essays, 156–198, 159.

gungsgrade“<sup>14</sup>. Zum Teil wurde sie gar zur Grundlage einer<sup>15</sup> – oder gar selbst zu einer<sup>16</sup> – induktiven Logik erklärt. Sie beschreibt, welche Überzeugungen man widerspruchsfrei halten kann.<sup>17</sup> Und ein idealer Richter würde Beweise widerspruchsfrei würdigen.

### 3. Die Rolle von Logik im Modell der Überzeugungsbildung

Warum überhaupt eine Logik in der Überzeugungsbildung? Gemäß § 286 I 2 ZPO ist die Überzeugung, die der Richter zur Grundlage seiner Entscheidung macht, zu begründen. Das ist aber nicht alles, was § 286 I 2 ZPO dem Richter aufgibt. Es sind „die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind“. Gemeint ist hier nicht allein, dass der Richter bloß die Ursachen angibt, die ihn zu seiner Überzeugung motiviert haben. Es erscheint zweifelhaft, ob er alle Ursachen seiner Entscheidung abschließend wahrnimmt.<sup>18</sup> Auch sind Vorurteile, Wünsche, Loyalitäten und ähnliche Faktoren, die sich über die Tatsachenwahrnehmung tatsächlich in der Entscheidung des Richters auswirken,<sup>19</sup> nicht notwendig intersubjektiv nachvollziehbar, so dass die Funktion einer Mitteilung der Ursachen der Überzeugung unverständlich bliebe. Die Wirkung bestimmter Ursachen auf die Entscheidung, wie etwa die von Vorurteilen oder Wahrnehmungsverzerrungen<sup>20</sup> auf die richterliche Überzeugung, ist ausdrücklich unerwünscht, so dass sie, soweit sie erkannt sind, nicht mitzuteilen, sondern vom Richter in ihrer Wirksamkeit zu unterdrücken wären. Mit „Gründen“ sind vielmehr die Rechtfertigungsgründe gemeint.<sup>21</sup> Weil Widersprüche jede Rechtfertigung unterminieren, sind sie in der Begründung der richterlichen Überzeugung zu vermeiden. Begründungen ruhen auf Argumenten. Logik ist ein Mittel, gültige von ungültigen Argumenten zu unterscheiden.<sup>22</sup> Genauer: Logik bietet Kriterien, um die Verknüpfung von Prämisse und Konklusion zu beurteilen<sup>23</sup> und Widersprüche aufzudecken.

<sup>14</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 104.

<sup>15</sup> *Gillies*, Philosophical Theories of Probability, 33.

<sup>16</sup> *Finetti*, Theory of probability, 182.

<sup>17</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 84.

<sup>18</sup> *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 530 m. w. N. etwa zu den unbewussten sog. coherence shifts.

<sup>19</sup> *Kahan/Hoffman/Evans* u. a., University of Pennsylvania Law Review 2016, 349–439; *Kahan/Hoffman/Braman* u. a., Stanford Law Review 2012, 851–906.

<sup>20</sup> Vgl. etwa die klare Diskriminierung in *Spamann/Klöhn*, Journal of Legal Studies 2016, 255–280.

<sup>21</sup> Zur Unterscheidung zwischen motivationalen Gründen und Rechtfertigungsgründen vgl. *Alvarez*, in: *Zalta/Nodelman/Allen* u. a. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, unter 1.

<sup>22</sup> *Skyrmes*, Choice and Chance, 9.

<sup>23</sup> *Ramsey*, in: *Braithwaite* (Hrsg.), Foundations of Mathematics and other Logical Essays, 156–198, 185; *Skyrmes*, Choice and Chance, 15.

Sie bietet damit ein Maß für die Qualität rationaler Begründungen und disqualifiziert widersprüchliche Rechtfertigungen. Für im dargestellten Sinne rechtfertigende Begründungen von Überzeugungen ist Logik damit ein unverzichtbares Instrument. Sucht man also ein Modell, das das Ideal der von § 286 I 2 ZPO vorgeschriebenen Überzeugungsbildung repräsentiert, führt an Logik kein Weg vorbei.<sup>24</sup>

#### 4. Die induktive Qualität des Modells

Warum muss diese Logik induktiv sein? Die Logik, mit der Juristen in ihrem Fach gemeinhin in Kontakt kommen, ist deduktiv. Deduktive Logik ist wahrheitserhaltend.<sup>25</sup> Der Syllogismus der Juristen soll aus der Kombination von einem Ober- und einem Untersatz etwas erschließen, das in diesen beiden Sätzen schon enthalten ist. Wenn man aus der Kombination des Obersatzes, „wer einen anderen Menschen tötet, wird bestraft“, mit dem Untersatz, „A hat B getötet“, schließt, dass A bestraft werden muss, hat man gegenüber der Information, über die schon gemeinsam in Ober- und Untersatz lag, nichts Neues gewonnen.

Eine deduktive, wahrheitserhaltende Logik kann die Beweiswürdigung nicht modellieren. Im Verfahren der Sachverhaltsfeststellung erschließt der Richter sich neues Wissen und zergliedert nicht das Wissen, das er schon hat. Eine deduktive Logik kann daher keinesfalls die Logik der Beweiswürdigung sein.

Man kann das etwas präziser, wenn auch vielleicht weniger anschaulich sagen: Es gibt zwei Kriterien, anhand derer die Verknüpfung von Prämisse(n) und Konklusion beurteilt werden kann: Deduktive Gültigkeit und induktive Stärke.<sup>26</sup> Wenn ein Argument garantiert, dass die Konklusion wahr ist, wenn die Prämisse(n) zutreffen, ist es deduktiv gültig.<sup>27</sup> Deduktives Schließen beschreibt das genannte „wahrheitserhaltendes Schließen“: Die Schlussfolgerung geht nicht über den Gehalt der Prämissen hinaus.<sup>28</sup> Sie war in den Prämissen schon vollständig enthalten, deshalb „übertragen“ die Prämissen – wenn sie zutreffen – ihre Wahrheit auf die Konklusion. Das zweite Kriterium der induktiven Stärke bemisst nur, *inwieweit* die Prämisse die Konklusion stützt.<sup>29</sup> Dieses

<sup>24</sup> Auch *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 129 schließt vom Begründungserfordernis auf die Relevanz der Wahrscheinlichkeitstheorie als Maß für die Überzeugungsbildung.

<sup>25</sup> *Hacking*, An introduction to probability and inductive logic, 5; *Skyrmes*, Choice and Chance, 18.

<sup>26</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 31; *Skyrmes*, Choice and Chance, 21–22, 51.

<sup>27</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 31; *Skyrmes*, Choice and Chance, 17.

<sup>28</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 31; *Skyrmes*, Choice and Chance, 18.

<sup>29</sup> *Skyrmes*, Choice and Chance, 17.

zweite Kriterium ist relevant, wenn das Argument die Wahrheit der Konklusion auch dann nicht garantieren kann, wenn die Prämisse wahr ist. In einem solchen Fall ist das Argument stets deduktiv ungültig. Dennoch kann die Prämisse die Konklusion aber *zu einem gewissen Grade* stützen.<sup>30</sup> Gerade Juristen sind gewohnt, Argumente nicht nur dann zuzulassen, wenn sie zwingend, also deduktiv gültig sind. Wir beurteilen Argumente als gute, weniger gute und schlechte. Die induktive Stärke eines Arguments beschreibt solche Grade.<sup>31</sup> Induktiv starke Argumente erlauben kein wahrheitserhaltendes, sondern ein erschließendes Schließen. Sie vermehren Wissen und zergliedern es nicht nur.<sup>32</sup> Die Konklusion geht über den Gehalt der Prämisse(n) hinaus.<sup>33</sup> Prinzipiell kann ein induktiv starkes Argument also zu einer falschen Schlussfolgerung führen, obwohl seine Prämissen wahr sind.<sup>34</sup> Das kann kein Grund sein, induktiv starke Argumente als Rechtfertigung von richterlicher Überzeugung auszuschließen, denn der Richter muss bei der Sachverhaltsfeststellung notwendig sein Wissen erweitern. Er muss neue Tatsachen erschließen, die er nicht unmittelbar beobachten kann. Eine Sachverhaltsfeststellung über die Verknüpfung von Aussagen in deduktiv zwingenden Argumenten verlangte, dass der Richter den Sachverhalt schon vor Beweiserhebung kennt. Nur dann könnte er wahrheits-erhaltend schließen. Aber der Richter muss sich den Sachverhalt im Verfahren erst erarbeiten. Das Erschließen neuer Tatsachen verlangt notwendig die Verknüpfung von Aussagen in induktiv starken Argumenten.<sup>35</sup>

##### 5. Die Wahrscheinlichkeit als Maß der induktiven Stärke eines Arguments

Wahrscheinlichkeiten bieten sich als Maß für die Grade der induktiven Stärke von Argumenten an: Ein Argument ist induktiv stark, wenn die Konklusion bei Zutreffen der Prämisse(n) sehr wahrscheinlich ist.<sup>36</sup> Die Einsicht in die Unumgänglichkeit von Induktionsschlüssen in der Beweiswürdigung und die

<sup>30</sup> Bradley, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 63; Skyrmes, Choice and Chance, 22.

<sup>31</sup> Obwohl Juristen durchaus auch von einem schwachen Argument sprechen, wenn sie die Prämisse für unzutreffend halten. Ein solcher Wortgebrauch entspricht nicht der hier eingeführten Begrifflichkeit. Ein Argument kann deduktiv gültig sein, auch wenn wir wissen, dass die Prämisse nicht zutrifft. Es kann auch induktiv stark sein, wenn wir wissen, dass die Prämisse nicht zutrifft. Die Begrifflichkeit bezieht sich nur auf die Verbindung von Prämisse(n) und Konklusion.

<sup>32</sup> Galavotti, Philosophical introduction to probability, 31; Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 9–10; Skyrmes, Choice and Chance, 19.

<sup>33</sup> Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 9–10; Skyrmes, Choice and Chance, 19.

<sup>34</sup> Bradley, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 63; Skyrmes, Choice and Chance, 19.

<sup>35</sup> Skyrmes, Choice and Chance, 19.

<sup>36</sup> Skyrmes, Choice and Chance, 17; Skyrmes, Choice and Chance, 20–21.

Möglichkeit einer induktiven Logik, die die Stärke von induktiven Argumenten in Wahrscheinlichkeit misst, macht erkennbar, dass es mindestens missverständlich ist, zu behaupten, dass nicht beurteilt werden kann, ob ein induktiv gewonnener Satz wahr ist.<sup>37</sup> Man kann nicht sicher sein, ob der Satz wahr ist, aber man kann beurteilen, inwieweit sich der Satz widerspruchsfrei durch andere Überzeugungen, die man hält, stützen lässt. Das eröffnet Möglichkeiten des rationalen Umgangs mit solchen Sätzen, die weit über *Poppers* Lösung hinausgehen, nur solche induktiven Sätze provisorisch zu akzeptieren, die sich gegenüber konkurrierenden bewährt haben.<sup>38</sup> Vollständige Falsifizierung von induktiven Sätzen verliert so an Bedeutung. Man ist daher nicht allein auf deterministische Erfahrungssätze angewiesen, weil sie leicht falsifizierbar sind,<sup>39</sup> sondern kann statistische Erfahrungssätze nutzen und die durch sie beschriebenen Wahrscheinlichkeiten bei neuer Evidenz nach den Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung anpassen.<sup>40</sup>

#### 6. Zwischenergebnis und Vorbehalt

Der Richter ist gemäß § 286 ZPO gehalten, seine Überzeugung zu begründen. Das bedeutet, er muss sie vor der Öffentlichkeit überzeugend rechtfertigen. Diese Rechtfertigung kann nicht überzeugen, wenn sie widersprüchlich ist. Ein System der Logik bietet ein passendes idealisiertes Modell der Überzeugungsbildung des Richters, soweit das Modell die Bemühung des Richters reflektiert, Widersprüche in der Begründung seiner Überzeugung zu vermeiden. Zur Modellierung der Überzeugungsbildung kommt nur eine *induktive* Logik in Betracht, weil die Bildung einer Überzeugung keine bloß zergliedernde, sondern eine erschließende Tätigkeit ist. Die Wahrscheinlichkeitstheorie erlaubt als induktive Logik die widerspruchsfreie Verarbeitung der induktiven Stärken verschiedener relevanter Argumente.

Doch sei schon hier bemerkt, dass eine überzeugende Rechtfertigung allein durch Logik nicht gewährleistet werden kann. Die induktive Logik der Wahrscheinlichkeitstheorie erlaubt eine widerspruchsfreie Integration der verschiedenen Rechtfertigungsgrade von Einzelüberzeugungen. Aber wie die einzelnen Überzeugungen, die logisch verarbeitet werden, bemessen werden können, lässt sich nicht durch Logik erklären. Konkreter: Wahrscheinlichkeitstheorie erlaubt die Integration von Einzelwahrscheinlichkeiten in ein kohärentes System, sagt

<sup>37</sup> So *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 10.

<sup>38</sup> *Skrymes*, Choice and Chance, 151 f. *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 11 hält dagegen *Poppers* Ausweg aus dem Induktionsproblem offenbar für den einzig gangbaren.

<sup>39</sup> So *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 14–16.

<sup>40</sup> *Skrymes*, Choice and Chance, 151.

aber nichts darüber aus, wie diese Einzelwahrscheinlichkeiten im Einzelfall gewonnen werden können. Die Wahrscheinlichkeitstheorie klärt die Beziehung zwischen Überzeugungen, aber sie sagt nichts unmittelbar über die Beziehung von Aussagen zur Realität.<sup>41</sup> Darauf wird im nächsten Kapitel zurückzukommen sein.

Die Verarbeitung von Wahrscheinlichkeiten ist komplex. So stellt sich die Frage, ob es Juristen, und gerade Richter, die typischerweise keine mathematische Ausbildung genossen haben, nicht überfordert, wenn man ihnen das Denken in den strengen Formen der Wahrscheinlichkeitstheorie abverlangt. Tatsächlich ist mit guten Argumenten vertreten worden, dass die Wahrscheinlichkeitstheorie unmittelbar als Denkgesetz gelte, das der freien Überzeugung des Richters Schranken setze.<sup>42</sup> Für den hier gewählten Ansatz muss die Wahrscheinlichkeitstheorie aber gar nicht als Denkgesetz gerechtfertigt werden. Wahrscheinlichkeitstheorie soll hier als Modell rationaler Überzeugungsbildung zur Beschreibung richtiger Überzeugungsbildung dienen. Die Argumente, die diese Arbeit vorträgt, gelten also bereits, wenn man davon ausgeht, dass die zutreffende Anwendung von Wahrscheinlichkeitstheorie eine gute *Idealisierung* – und damit möglicherweise eine maßvolle Überhöhung – des normativen Anspruchs an den Richter darstellt. Die Wahrscheinlichkeitstheorie dient in dieser Arbeit als Modell: Eine Idealisierung normativ geformter Realität, die abstrakt genug ist, um den Blick auf Zusammenhänge freizulegen, die sonst durch Detailfülle verschleiert würden, die aber nah genug an der Realität liegt, damit die gefundenen Einsichten auf die Realität zurückübertragbar erscheinen.

## II. Die Axiome der Wahrscheinlichkeit

Wahrscheinlichkeitstheorie leitet sich aus Axiomen ab. Die Klärung des Begriffs der Wahrscheinlichkeitstheorie verlangt also die Klärung dieser Axiome.

Bisher wurde nur belegt, dass Logik für die geforderte Rechtfertigung der richterlichen Überzeugung unverzichtbar ist und die Überzeugungsbildung notwendig induktiv ist. Zugleich wurde behauptet, dass sowohl die Rechtfertigung der Überzeugung als auch die Stärke induktiver Argumente in Wahrscheinlichkeiten ausgedrückt werden können. Nun kann genauer aufgezeigt werden, was die Funktion der Wahrscheinlichkeitsrechnung in diesem Kontext ist. Die Wahrscheinlichkeitsrechnung – oder Wahrscheinlichkeitstheorie, ich benutze die Begriffe synonym – garantiert den widerspruchsslosen Umgang mit den induktiven Stärken verschiedener Argumente. Diesen widerspruchsslosen Umgang garantiert ein axiomatischer Ansatz, der alle Einzelregeln des

<sup>41</sup> Skyrmes, Choice and Chance, 110.

<sup>42</sup> Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß „Zweiter Teil: Die Denkgesetze der Beweiswürdigung“; AK-ZPO/Rießmann, § 286 ZPO Rn. 8f.

Umgangs mit Wahrscheinlichkeiten deduktiv aus drei Axiomen herleitet. Sie gelten unabhängig von der Interpretation der Wahrscheinlichkeiten, sei diese Interpretation subjektiv (wie hier), objektiv oder eine ganz andere.<sup>43</sup> Die Axiome der Wahrscheinlichkeit hat in ihrer klassischen Form *Kolmogorov* erst 1933 formuliert.<sup>44</sup>

Zur Vorstellung der Axiome ist zunächst ein begrifflicher Rahmen nötig, in dem die Axiome verständlich werden. Er sei hier knapp eingeführt in der Hoffnung, sowohl einen Zugang zur formalen Sprache der Wahrscheinlichkeiten zu eröffnen, als auch mit Beispielen für Verständlichkeit zu sorgen. Obwohl grundsätzlich die Notation der Aussagenlogik<sup>45</sup> von derjenigen der Mengenlehre unterschieden wird, werde ich im Folgenden nur eine Notation der Aussagenlogik einführen und sie ohne Unterscheidung auf die Mengen anwenden, die die Aussagebeziehungen repräsentieren. Ich erlaube mir diese Ungenauigkeit, weil die Mengendarstellung zur Aussagenlogik äquivalent ist,<sup>46</sup> und es in dieser Arbeit auf die Unterscheidung der beiden Systeme nicht ankommt. Daher überwiegt der Vorteil, dass nur eine Notation eingeführt werden muss.

Wenn wir uns vorstellen, wie wahrscheinlich etwas ist, nehmen wir richtigerweise die Gesamtheit aller Möglichkeiten in den Blick und fragen uns: Wie wahrscheinlich ist eine bestimmte Ereignismöglichkeit im Vergleich zu all den anderen Ereignismöglichkeiten, die eintreten könnten oder eingetreten sein könnten? Wenn ein Richter sich fragt, wie wahrscheinlich es war, dass der Beklagte eine Handlung vorgenommen hat, die man als pflichtwidrig einstufen würde, muss er sich fragen, welche Handlungen und Unterlassungen der Beklagte überhaupt vorgenommen haben könnte. Der Anteil der schuldhaften Handlungen an allen Handlungsmöglichkeiten repräsentiert dann die Wahrscheinlichkeit einer schuldhaften Handlung. Mit anderen Worten, wenn wir über Wahrscheinlichkeiten nachdenken, müssen wir im Geiste zuerst einen „Möglichkeitenraum“ abstecken. Diesen „Möglichkeitenraum“ stellt man sich in der mathematischen Formalisierung der Wahrscheinlichkeitstheorie als *Menge* vor: eine Menge, die aus all den denkbaren *elementaren* Ereignismöglichkeiten besteht. Man kann diese Menge *S* nennen.<sup>47</sup> „Elementar“ bedeutet in diesem Kon-

<sup>43</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 39.

<sup>44</sup> *Hájek*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, unter 1.

<sup>45</sup> Man kann Wahrscheinlichkeiten auf Aussagen über die Welt (Propositionen) beziehen oder auf Ereignisse. Im ersten Sinne verfahren Vertreter der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie, im zweiten die Vertreter der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie. An dieser Stelle wird das System der Wahrscheinlichkeitsaxiome vorgestellt, ohne dass es bereits im subjektiven oder objektiven Sinne interpretiert würde. Daher scheint es an dieser Stelle noch unerheblich zu sein, ob man von Ereignissen oder Propositionen spricht. Ich erlaube mir daher eine Darstellung, in der ich von Ereignissen spreche, aber eine Notation benutze, die Bezüge unter Aussagen beschreibt.

<sup>46</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 46.

<sup>47</sup> Die folgende Darstellung sowohl der Axiome der Wahrscheinlichkeitsrechnung als



text, dass sich die Ereignismöglichkeiten, die die Menge bilden, nicht weiter zergliedern lassen. „Pflichtwidrige Handlung“ wäre also kein Element der Menge. Vielmehr machten alle denkbaren Handlungen des Beklagten als einzelne Elemente die Menge aus. Man stelle sich diese elementaren Ereignismöglichkeiten hier vorläufig als gleich wahrscheinlich vor. Das erleichtert das Verständnis im Folgenden,<sup>48</sup> obwohl diese Vorstellung mit dem nicht mehr vertretenen<sup>49</sup> klassischen Wahrscheinlichkeitsbegriff korrespondiert.<sup>50</sup> Elementare Ereignismöglichkeiten sind sozusagen die Grundbausteine, die „Atome“<sup>51</sup> des Nachdenkens über die verschiedenen Wege, die die Welt genommen hat bzw. nehmen *könnte*. Besonders leicht kann man sie sich bei ganz einfachen aleatorischen „Experimenten“ vorstellen. Dann sind sie die möglichst genau beschriebenen Ausgänge dieser Experimente: Man wirft eine Münze, sie zeigt Zahl. Zahl ist eine elementare Ereignismöglichkeit. Man zieht eine Karte aus einem Stapel: Kreuzbube. Kreuzbube ist eine elementare Ereignismöglichkeit. Man wirft einen Würfel, er zeigt drei Augen. Der Wurf einer 3 ist eine elementare Ereignismöglichkeit. Für den Wurf des Würfels ist der Möglichkeitsraum, die Menge aller elementaren Ereignismöglichkeiten,  $S = \{1, 2, 3, 4, 5, 6\}$ . In Worten:  $S$ , der Möglichkeitsraum, ist die Menge aus den Elementen eins, zwei, drei, vier, fünf und sechs.

Der nächste Begriff, den es zu definieren gilt, ist der des „Ereignisses“. Schließlich möchte man am Ende wissen, wie wahrscheinlich ein Ereignis ist.

---

auch die Darstellung in *Venn*-Diagrammen enthält bloßes Lehrbuchwissen und stützt sich auf *Bradley*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1; *Hájek*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.; *Hays*, *Statistics*, 14 ff.; *Jeffrey*, *Subjective Probability*, 5 ff.; *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 89 ff.

<sup>48</sup> *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 40.

<sup>49</sup> *Gillies*, *Philosophical Theories of Probability*, 16.

<sup>50</sup> Die Vorstellung der „Equiprobabilität“ der Ereignismöglichkeiten im Raum  $S$  entspricht der klassischen Interpretation von Wahrscheinlichkeiten als Anteil der Möglichkeiten an der Menge der Gesamtmöglichkeiten, *Gillies*, *Philosophical Theories of Probability*, 26. Diese Interpretation geht auf *Laplace* zurück und ist eng mit einem deterministischen Weltbild verbunden, *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 59, und führt schon daher zu einem subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff, denn in einer deterministischen Welt kann die durch Wahrscheinlichkeiten beschriebene Unsicherheit nur durch fehlendes Wissen über die deterministischen Prozesse entstehen, *Gillies*, *Philosophical Theories of Probability*, 26. Der klassische Wahrscheinlichkeitsbegriff wird heute nicht mehr vertreten, weil gerade die Annahme der Equiprobabilität zu unüberwindbaren Problemen führt, *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 66. Man fragte sich zum Beispiel, wie die Wahrscheinlichkeiten von Würfeln mit einem manipulierten Würfel mit einem Modell beschrieben werden können, bei dem die Ergebnisse eines Experiments schon nach der Definition des Wahrscheinlichkeitsbegriffs gleich wahrscheinlich sind, *Gillies*, *Philosophical Theories of Probability*, 26. Der klassische Wahrscheinlichkeitsbegriff wird hier dennoch genutzt, weil er die Einführung des Mengenmodells sehr erleichtert, und später aufgegeben. Dieses Vorgehen orientiert sich an *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 40. Zum klassischen Wahrscheinlichkeitsbegriff und seinen Problemen weiterführend *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 22 ff. Zu den Problemen dieses Wahrscheinlichkeitsbegriffs dort 27 ff.

<sup>51</sup> *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 39.

„Pflichtwidrige Handlung“ ist ein Ereignis. Es umfasst alle denkbaren Handlungen, die als pflichtwidrig zu charakterisieren sind. Wenn eine der möglichen pflichtwidrigen Handlungen begangen wird, ist das Ereignis „pflichtwidrige Handlung“ eingetreten. Ereignisse sind Teilmengen von  $S$ : Mengen von elementaren Ereignismöglichkeiten. Wenn man würfelt, ist zum Beispiel das Ereignis „gerade Zahl“ die Menge aus den Ereignismöglichkeiten 2, 4 und 6.

Nun kann man sich eine neue Menge vorstellen, die alle Teilmengen von  $S$  und damit alle Ereignisse enthält. Zu den Teilmengen von  $S$ , den Ereignissen, gehört auch  $S$  selbst (es tritt irgendein Ereignis ein) und die leere Menge  $\emptyset$  (unmögliche Ereignisse). Wir nennen diese Menge aus allen denkbaren Ereignissen  $F$ . Für das Münzwurfbeispiel wäre  $F = \{\text{Kopf, Zahl, \{Kopf, Zahl\}, \emptyset\}$ . In Worten: Die Menge hat vier Elemente, nämlich das Ereignis „Kopf“, das Ereignis „Zahl“, das Ereignis „Kopf oder Zahl“ und die leere Menge. Man beachte, dass  $F$  mehr Elemente hat als  $S$ .  $S$  hatte im Beispiel der Münze nur zwei Elemente: „Kopf“ und „Zahl“.  $F$  besteht für das Münzbeispiel aus vier Elementen. Die Ereignisse in  $F$  werden typischerweise abstrakt mit Buchstaben benannt, zum Beispiel  $A$  (für Kopf),  $B$  (für Zahl),  $C$  (für  $\{\text{Kopf, Zahl}\}$ ) und  $D$  (für  $\emptyset$ ). Wenn ein bestimmter Buchstabe zu  $F$  gehört, also ein mögliches Ereignis in dem uns interessierenden Kontext darstellt, dann sagen wir,  $A$  ist Element von  $F$  und schreiben  $A \in F$ .

Wahrscheinlichkeiten werden in diesem Begriffsrahmen durch den Anteil eines Ereignisses am Möglichkeitsraum ausgedrückt.<sup>52</sup> Mathematisch betrachtet ist Wahrscheinlichkeit eine Funktion.<sup>53</sup> Diese Funktion nennen wir  $P$  (für *probability*). Generell ordnen Funktionen Werten in einer Dimension je einen Wert in einer anderen Dimension zu. Man denke an Graphen in zweidimensionalen Koordinatensystemen, die diese Zuordnungen visuell repräsentieren. Die Funktion der Wahrscheinlichkeit überträgt die Menge der Ereignisse  $F$  auf die reellen Zahlen zwischen 0 und 1. Dabei sollen folgende Axiome, man könnte auch sagen „Grundregeln“, gelten, nach denen diese Zuordnung erfolgt. Diese Kolmogorov'schen Axiome sind die Basis aller Wahrscheinlichkeitstheorien. Aus ihnen folgt das System, das dem Richter erlaubt, seine Überzeugungen auf Widersprüche zu prüfen. Sie seien je zunächst in Alltagssprache und dann etwas formaler beschrieben.

### 1. Nichtnegativität

Die kleinstmögliche Wahrscheinlichkeit für ein Ereignis ist 0. „0“ ist also die Untergrenze der Menge an reellen Zahlen, in die  $P$  die Menge  $F$  überträgt.

Der Wert, den  $P$  für ein Ereignis in  $F$  nach Übertragung auf die reellen Zahlen ausgibt, soll nicht negativ sein:  $P(A) \geq 0$  für alle  $A \in F$ .

<sup>52</sup> Mellor, *Probability: A Philosophical Introduction*, 25.

<sup>53</sup> Die folgende Darstellung der Axiome orientiert sich an *Bradley, A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 28 ff.

In der subjektiven Interpretation der Axiome ist eine Wahrscheinlichkeit von null normalerweise reserviert für widersprüchliche Propositionen (d. h. auf die Welt bezogene Aussagen), die in der leeren Menge liegen, also nicht möglich sind.<sup>54</sup>

## 2. Normalisierung

Sicherheit wird mit einer Wahrscheinlichkeit von 1 oder, das ist dasselbe, von 100 % ausgedrückt. Dazu besteht kein Sachzwang, aber es erscheint nützlich.  $P(S) = 1$ .

*Irgendetwas* passiert, soviel ist sicher. Wenn ich eine Münze werfe, wird sie auf eine der beiden Seiten fallen. Das Ereignis, die Münze landet auf irgendeiner Seite, entspricht dem Ereignis  $S$ . Damit ist  $P(S) = 1$  die Obergrenze der Menge an reellen Zahlen, in welche die Funktion  $P$  die Menge  $F$  überträgt. In der subjektiven Interpretation der Axiome ist eine Wahrscheinlichkeit von 1 normalerweise reserviert für Tautologien, also Aussagen, die notwendig wahr sind.<sup>55</sup>

## 3. Additivität

Schließen sich zwei Ereignisse aus, wie in unserem Münzwurfbeispiel etwa das Ereignis „Kopf“ das Ereignis „Zahl“ ausschließt, soll als letzte Regel gelten, dass die Wahrscheinlichkeit von dem Ereignis „A oder“<sup>56</sup> „B“ die Summe der Einzelwahrscheinlichkeiten von „A“ und „B“ sein soll.

Formal kann man diesen Sachverhalt wie folgt ausdrücken:  $P(A \vee B) = P(A) + P(B)$  für alle  $A, B \in F$  für die gilt  $A \wedge B = \emptyset$ .<sup>57</sup> Das Zeichen „ $\vee$ “ steht für „oder“.  $A \vee B$  bezeichnet also die *Vereinigungsmenge* von A und B. Damit sind drei Fälle bezeichnet: „A und nicht B“, „B und nicht A“ und auch „A und B“ – den letzten Fall betreffend unterscheidet sich die Bedeutung von „oder“ vielleicht vom allgemeinen Sprachgebrauch. „Oder“ verlangt keine wechselseitige Exklusivität. Dass das Symbol „ $\vee$ “ für „oder“ steht, kann man sich zum Beispiel daran merken, dass es aussieht wie ein „v“ und „vel“ auf

<sup>54</sup> Skyrmes, Choice and Chance, 138.

<sup>55</sup> Bradley, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 28; Skyrmes, Choice and Chance, 138.

<sup>56</sup> Dieses Oder ist erfüllt, wenn A oder wenn B oder wenn A und B zutreffen.

<sup>57</sup> Unter Subjektivisten ist umstritten, ob Additivität nur für endliche Möglichkeitsräume oder auch für unendliche, aber abzählbare Möglichkeitsräume definiert ist, Ramsey, in: Braithwaite (Hrsg.), Foundations of Mathematics and other Logical Essays, 156–198, 183; Zynda, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy, 360–379, Einleitung. Für diese Arbeit soll die unbestrittene Annahme einer endlichen Additivität genügen, weil die Welt, über die sich ein Mensch praktische Vorstellungen macht (es geht um subjektive Wahrscheinlichkeiten) zumeist hinreichend als endliche modelliert werden kann. Das mag eher an unserer Vorstellungskraft liegen als an der realen Welt, oder um mit Frank Ramsey (a. a. O.) zu sprechen: „(N)othing has been said about degrees of belief when the number of alternatives is infinite. About this I have nothing useful to say, except that I doubt if the mind is capable of contemplating more than a finite number of alternatives.“

Latein „oder“ heißt.  $A \wedge B$  steht für „sowohl A als auch B“ und beschreibt die *Schnittmenge* zwischen A und B, also die Fälle, in denen sowohl A als auch B zutreffen. Als Merkhilfe sei auf die Ähnlichkeit des Symbols  $\wedge$  mit dem Buchstaben „A“ hingewiesen, mit dem das Wort „and“ beginnt.

Auf der Grundlage dieser Axiome lassen sich Wahrscheinlichkeiten als Mengenbeziehungen analysieren. Aus ihnen folgen die Regeln für den Umgang mit Wahrscheinlichkeiten.

Unmittelbar aus den Axiomen folgen erste Regeln der Wahrscheinlichkeitstheorie. Drei von ihnen sind besonders wichtig, werden auch im Verlauf des Buchs noch verwendet und sollen daher kurz im Mengen- oder *Venn*-Diagrammen illustriert werden.

Wir notieren  $P(\cdot)$  als „Wahrscheinlichkeit von“ und rufen in Erinnerung, dass die Wahrscheinlichkeit von „irgendetwas passiert“  $P(S) = 1$  ist. Für  $S$  und damit für die Gesamtheit der Wahrscheinlichkeitsmasse von 1 steht im folgenden Diagramm die Fläche des ganzen Kastens. Der Kasten beschreibt den Möglichkeitsraum. Teilmengen des Möglichkeitsraums können dann Wahrscheinlichkeiten repräsentieren: Die Wahrscheinlichkeit, dass  $I$  eintritt [ $P(I)$ ], korrespondiert im folgenden Diagramm mit dem Anteil der Fläche innerhalb des Kreises, der mit  $I$  beschriftet ist, an der Gesamtfläche von  $S$ .

*Gegenwahrscheinlichkeiten:* Die Gegenwahrscheinlichkeit ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein Ereignis dessen Eintrittswahrscheinlichkeit man kennt, nicht eintritt. Sie entspricht der Wahrscheinlichkeit 1 minus der Eintrittswahrscheinlichkeit des Ereignisses. Die Wahrscheinlichkeit, dass  $I$  nicht eintritt, korrespondiert im folgenden Diagramm mit der Fläche innerhalb von  $S$  und außerhalb von  $I$ . Sie beträgt den Anteil dieser Fläche an  $S$ . Die Größe der Fläche außerhalb von  $I$  ist offensichtlich gleich der Fläche des Kastens, die 1 beträgt, abzüglich der Fläche, die innerhalb des als  $I$  beschrifteten Kreises liegt. Entsprechend beträgt auch die Wahrscheinlichkeit, dass  $I$  nicht („ $\neg$ “) eintritt,  $P(\neg I) = 1 - P(I)$ .

*Verallgemeinerte Summenregel:* Das Axiom der Additivität, das auch Summenregel genannt wird, gilt unmittelbar nur für Ereignisse, die sich ausschließen. Die hier so genannte verallgemeinerte Summenregel betrifft dagegen auch Ereignisse, die gemeinsam auftreten können. Wie das Axiom der Additivität bestimmt sie die Wahrscheinlichkeit, dass Ereignis  $T$  oder  $I$  auftreten. Nehmen wir an, es gebe ein zweites Ereignis  $T$ . Die Ereignisse  $T$  und  $I$  könnten jeweils eintreten ( $I$  bzw.  $T$ ) oder nicht eintreten ( $\neg I$  bzw.  $\neg T$ ). In der graphischen Darstellung lässt sich erkennen, dass Folgendes gilt: Die Wahrscheinlichkeit, dass  $T$  oder  $I$  (dieses „oder“, notiert als „ $\vee$ “, schließt den Fall ein, dass  $T$  und  $I$  zutreffen) eintreten, ist die Summe der Einzelwahrscheinlichkeiten von  $T$  und  $I$  (dieses „und“ wird notiert als „ $\wedge$ “) unter einmaligem Abzug der Wahrscheinlichkeit, dass sowohl  $T$  als auch  $I$  eintreten. Formal:  $P(T \vee I) = P(T) + P(I) - P(T \wedge I)$ .

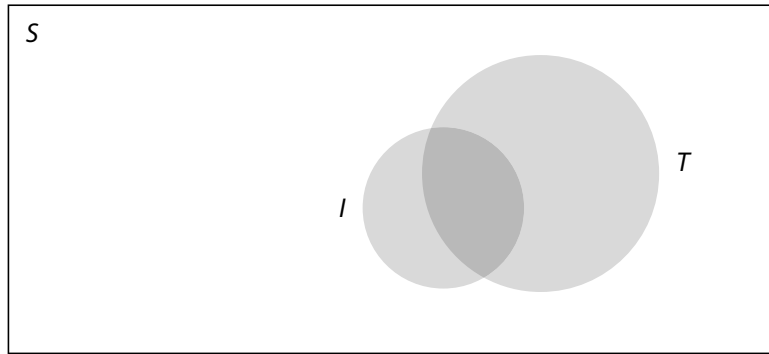


Abbildung 1: Summenregel.

Im Diagramm lässt sich gut erkennen, warum die Wahrscheinlichkeit  $P(T \wedge I)$  einmal abgezogen werden muss: Wenn man die Flächen  $T$  und  $I$  addiert, zählt man die Schnittmenge von  $T$  und  $I$  zweimal. Will man die Vereinigungsmenge aus den beiden einzelnen Mengen berechnen, muss man die Schnittmenge einmal abziehen. Entsprechend geht man bei der Wahrscheinlichkeitsrechnung vor.

*Die Summe der Wahrscheinlichkeiten aller einander ausschließender Möglichkeiten ist 1:* Zu guter Letzt kann man an der Darstellung in Mengendiagrammen noch gut erkennen, dass sich die Wahrscheinlichkeiten von einander ausschließenden, aber die Menge der elementaren Ereignismöglichkeiten erschöpfenden Ereignissen zu eins addieren müssen. Wenn man weiß, dass eins von – sagen wir – drei einander ausschließenden Ereignissen notwendig eintreten muss, dann weiß man auch, dass sich die Wahrscheinlichkeiten der drei Ereignisse zu eins addieren:

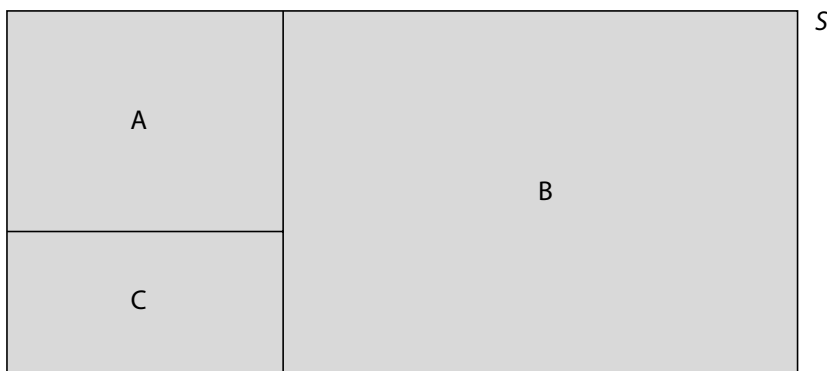


Abbildung 2: Summe der Wahrscheinlichkeiten aller einander ausschließenden Möglichkeiten addieren sich zu eins.

## III. Bedingte Wahrscheinlichkeiten

Die Regeln der Wahrscheinlichkeitstheorie über den Umgang mit bedingten Wahrscheinlichkeiten sind, wie sich zeigen wird, unmittelbar relevant für die Repräsentation des rationalen richterlichen Schlusses aus Beweismitteln und Indizien auf die Haupttatsache. Sie münden in der Formulierung von *Bayes'* Regel.

Bedingte Wahrscheinlichkeiten werden relevant, wenn man nicht einfach die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses einschätzen will, sondern wenn man die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses für den Fall des Eintretens eines anderen Ereignisses einschätzen will. Statt die Frage zu stellen, wie wahrscheinlich es ist, dass es heute Morgen schon um sieben bewölkt war, stellt man die Frage, wie wahrscheinlich es ist, dass es schon heute Morgen schon um sieben bewölkt war, *falls* („gegeben, dass“) ich nur weiß, dass es später um elf geregnet hat. Oder statt einfach zu fragen, wie wahrscheinlich es ist, dass der Beklagte den Kläger auf dem Jahrmarkt geschlagen hat, fragt man, wie wahrscheinlich dies *für den Fall ist*, dass ein Zeuge den Beklagten mit dem Kläger streitend hat verschwinden und drei Minuten später den Kläger mit blutender Nase hat zurückkehren sehen. Bei bedingten Wahrscheinlichkeiten versetzt man sich also in die Situation, dass man weiß, dass ein bestimmtes Ereignis schon eingetreten ist (es hat um 11 geregnet; Herr Schmitz hat den Kläger mit blutender Nase gesehen) und schätzt die Wahrscheinlichkeit eines anderen Ereignisses (Wolken um 7; den Schlag des Beklagten) für diesen Fall ein. Eingängig beschreibt *Bradley*, dass bedingte Wahrscheinlichkeiten auf das Ereignis, auf das sie bedingt werden, „einzoomen“. <sup>58</sup> Was vorher der ganze Möglichkeitsraum war, besteht nun nur noch aus Ereignismöglichkeiten, in denen das Ereignis, auf das bedingt wurde, auch vorliegt. <sup>59</sup>

Die Wahrscheinlichkeitswerte, die die Funktion  $P$  einem Ereignis zumisst, etwa den Ereignissen  $T$  und  $I$ , lassen sich formal mit  $P(T)$  bzw.  $P(I)$  bezeichnen und als Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Ereignisse interpretieren. Für bedingte Wahrscheinlichkeiten spielt aber sowohl dasjenige Ereignis eine Rolle, dessen bedingte Wahrscheinlichkeit angegeben wird, als auch dasjenige, auf das bedingt wird. Man notiert:  $P(T|I)$ . Das liest sich als „die Wahrscheinlichkeit von  $T$ , gegeben  $I$ “ und bezeichnet die auf  $I$  bedingte Wahrscheinlichkeit von  $T$ , also die Wahrscheinlichkeit, die  $T$  zukommt, wenn man auf die Zustände „einzoomt“, in denen  $I$  eintritt. Es ist wichtig zu unterscheiden, ob ein Ereignis vor oder nach dem vertikalen Strich steht, denn  $P(T|I)$  ist etwas ganz anderes als  $P(I|T)$ ! Das sieht man am einfachsten an einem Beispiel. Blicken wir auf Menschen in Deutschland. Nehmen wir an,  $T$  sei „über 2 m groß“ und  $I$  sei „volljährig“. Dann „zoomt“  $P(T|I)$  auf  $I$  (alle Volljährigen) und gibt den Anteil von

<sup>58</sup> *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 8.

<sup>59</sup> *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 43.

Menschen von über 2 m Körpergröße unter allen Erwachsenen an. Die Wahrscheinlichkeit  $P(I|T)$  „zoomt“ dagegen auf  $T$  (alle Menschen, mit einer Körpergröße von über 2 m) und gibt an, welcher Anteil dieser großen Menschen volljährig ist. Während die erste Wahrscheinlichkeit sehr klein sein dürfte (unter allen Erwachsenen gibt es nicht viele, die über zwei Meter messen), dürfte die zweite ziemlich groß sein (von denen, die über zwei Meter messen, dürften relativ viele volljährig sein).<sup>60</sup>

Es ist offensichtlich, dass bedingte Wahrscheinlichkeiten von zentraler Bedeutung für die Beweiswürdigung sind. In der Beweiswürdigung will man nicht einfach generell einschätzen, mit welcher Wahrscheinlichkeit gewisse Ereignisse eintreten, sondern man will einschätzen, wie wahrscheinlich das Ereignis *unter der Bedingung* des Vorliegens der beigebrachten Beweismittel vorgefallen ist.

In der subjektiven Interpretation von Wahrscheinlichkeit sind alle Wahrscheinlichkeiten bedingt. Subjektive Wahrscheinlichkeiten repräsentieren Überzeugungen, und Überzeugungen sind abhängig vom Wissen der sie haltenden Personen. Das Wissen der Person betrifft das Vorliegen oder Nichtvorliegen anderer Propositionen (i. e. Aussagen über die Realität). Daher ist jede Überzeugung auf diese anderen Propositionen des Hintergrundwissens bedingt.<sup>61</sup>

Bedingte Wahrscheinlichkeiten vollkommen unverbundener Ereignisse sind typischerweise uninteressant. Die Wahrscheinlichkeit, mit einem Würfel eine sechs zu würfeln, ist  $\frac{1}{6}$ . Die Wahrscheinlichkeit mit einem Würfel eine sechs zu würfeln, falls der vorangegangene Wurf ebenfalls sechs Augen gezeigt hat, ist ebenfalls  $\frac{1}{6}$ . Aus dem ersten Wurf lernt man nichts über den zweiten. Bedingte Wahrscheinlichkeiten sind interessant, wenn die beiden Ereignisse öfter gemeinsam auftreten als allein oder wenn sie seltener gemeinsam auftreten als allein. Wolken sind eine kausale Bedingung für Regen. Wenn es am Morgen bewölkt ist, dürfte die Wahrscheinlichkeit für Regen an diesem Tag höher liegen als die generelle Regenwahrscheinlichkeit an irgendeinem Tag. Schläge treten häufiger in Verbindung mit Streit auf als ohne. Der Bericht von Herrn Schmitz erhöht also die Wahrscheinlichkeit für einen Schlag des Beklagten. Eine große Körpergröße tritt öfter nach Abschluss des Körperwachstums als davor auf, so dass sie häufiger unter Erwachsenen als unter Kindern und Jugendlichen anzutreffen ist. Im Umgang mit bedingten Wahrscheinlichkeiten liegt der Kern des Lernens aus Beweismitteln.

### 1. Die Definition bedingter Wahrscheinlichkeiten

Man kann die *Definition* von bedingten Wahrscheinlichkeiten ebenfalls gut anhand von *Venn-Diagrammen* illustrieren. Eine auf  $T$  (Wolken am Morgen) be-

<sup>60</sup> Das Beispiel stammt von *Sanchirico*, in: Sanchirico (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 203–270, 209.

<sup>61</sup> *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 104.

dingte Wahrscheinlichkeit von  $I$  (Regen) entspricht dem Teil der Menge  $T$  (Wolken am Morgen), der sich mit der Menge  $I$  (Regen) überschneidet; betrachtet man diese Schnittmenge als Anteil an der Gesamtheit der Menge  $T$  (Wolken am Morgen), repräsentiert er die auf  $T$  (Wolken am Morgen) bedingte Wahrscheinlichkeit von  $I$  (Regen). Wenn man sich in die Situation denkt, in der  $T$  (Wolken am Morgen) vorliegt, weiß man ja, dass man sich sicher unter den Ereignismöglichkeiten befindet, die durch die Punkte innerhalb des Kreises  $T$  (Wolken am Morgen) repräsentiert sind. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich eine der Ereignismöglichkeiten in der Menge  $T$  (Wolken am Morgen) realisiert, ist dann 1. Man „zoomt“ also auf die Menge  $T$  ein und macht sie zur Grundgesamtheit. Was vorher der Ereignismöglichkeitenraum  $S$  war – die Menge aller noch erreichbarer Ereignismöglichkeiten –, ist nun also  $T$  (es können sich nur noch Ereignismöglichkeiten realisieren, bei denen es auch Wolken am Morgen gab). Genauso wie die Wahrscheinlichkeit von  $T$  (Wolken am Morgen) anfangs dem Anteil von  $T$  (Wolken am Morgen) an  $S$  (Wolken am Morgen oder keine Wolke am Morgen) entsprach, entspricht nun die Wahrscheinlichkeit für  $I$  (Regen) dem Anteil von  $I \wedge T$  (Regen nach morgendlichen Wolken) an  $T$  (Wolken am Morgen).

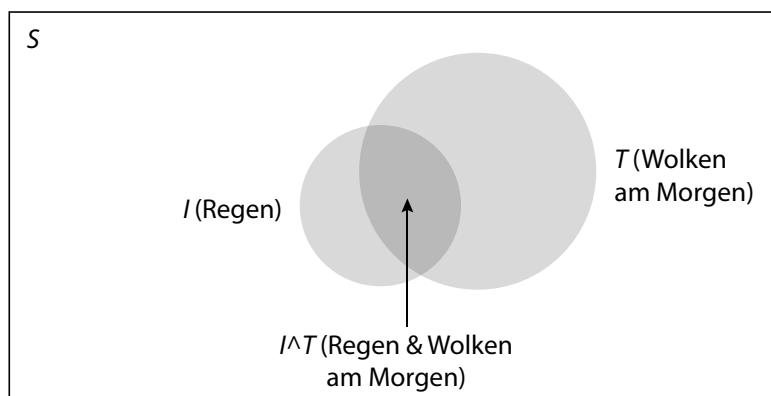


Abbildung 3: Bedingte Wahrscheinlichkeiten.

## 2. Die Quotientenregel

Auch „Rechenregeln“ für den Umgang mit bedingten Wahrscheinlichkeiten kann man in *Venn*-Diagrammen illustrieren. Aus den beiden folgenden Regeln, Quotienten- und Produktregel, folgt *Bayes' Regel* (§ 4 III. 4.), die ihrerseits den Kern der Beweiswürdigung repräsentiert.

Überdehnen wir das Wolken-Regen-Beispiel ein wenig, um die Relevanz für die Beweiswürdigung deutlicher zu machen – und auch die Wahl der Buchstaben  $T$  für Tatsache und  $I$  für Indiz aufzuklären. Stellen wir uns vor, ein Richter habe über die Klage eines Hochzeitspaars gegen einen Fotografen auf Zahlung



einer Vertragsstrafe zu entscheiden. Die Vertragsstrafe hat der Fotograf verwirklicht, wenn er sich entgegen der Absprache bei Sonnenschein am Morgen des Hochzeitstags nicht für die Fotos bereitgehalten hat. Es stehe fest, dass er sich nicht bereitgehalten hat. Streitig sei allein, ob es sonnig war. Mitvereinbart war ferner eine Beweislastumkehr: Der Fotograf soll zur vollen Überzeugung des Gerichts beweisen müssen, dass es wolkig war, um sich von der Vertragsstrafe befreien zu können. Wetteraufzeichnungen gebe es über den abgelegenen Ort der Hochzeit auf dem Lande nicht. Der Fotograf kann beweisen, dass es dort im Laufe des Tages später geregnet hat. Wie wahrscheinlich ist es nun, dass es schon morgens wolkig war? Nehmen wir an, erfahrungsgemäß liege die Häufigkeit von Regentagen, an denen es schon morgens wolkig ist, im Monat Mai, in dem der Fall spiele, bei nur 6 % aller Tage. Aber überhaupt regne es nur an 8 % der Tage im Mai.

Der Richter interessiert sich nicht für die Wahrscheinlichkeit  $P(T \wedge I)$ , für das gemeinsame Auftreten von morgendlichen Wolken und Regen am Tage. Er interessiert sich auch nicht für  $P(I|T)$ , die Wahrscheinlichkeit, dass das Indiz ( $I$ , Regen) unter der Bedingung der zu beweisenden Tatsachenbehauptung ( $T$ , Wolken am Morgen) auftritt. Er interessiert sich für die umgekehrte bedingte Wahrscheinlichkeit  $P(T|I)$ : Die Wahrscheinlichkeit, dass die zu beweisende Tatsache vorlag ( $T$ , Wolken am Morgen) unter der Bedingung, dass das Indiz vorlag ( $I$ , es regnete später). Auch diese Wahrscheinlichkeit sei im Venn-Diagramm kurz aufgezeigt: Es handelt sich nun nicht um den Anteil, den die Schnittmenge zwischen  $T$  und  $I$  an der Menge  $T$  (Wolken am Morgen) ausmacht, sondern es handelt sich um den Anteil, den diese Schnittmenge an der Menge  $I$  (Regen) ausmacht. Man erkennt leicht, dass diese Wahrscheinlichkeit größer ist als die umgekehrte bedingte Wahrscheinlichkeit. Im Diagramm macht die Schnittmenge zwischen  $T$  und  $I$  einen viel größeren Anteil an der kleineren Menge  $I$  (Regen) aus, als sie an der größeren Menge  $T$  (Wolken am Morgen) ausmacht. Wenn der Richter die Ex-ante-Wahrscheinlichkeit des gemeinsamen Auftretens von Indiz und zu beweisender Tatsache,  $P(T \wedge I)$ , und die Ex-ante-Wahrscheinlichkeit des Indizes,  $P(I)$ , kennt, kann er die auf  $I$  (Regen) bedingte Wahrscheinlichkeit von  $T$  (Wolken am Morgen), die Wahrscheinlichkeit des Zutreffens der zu beweisenden Tatsachenbehauptung gegeben, dass das Indiz vorliegt, mit Hilfe der Quotientenregel berechnen. Sie lautet:

$$P(T|I) = \frac{P(T \wedge I)}{P(I)}$$

Die Quotientenregel sagt eigentlich nichts anderes als das, was aus dem Venn-Diagramm abzulesen war: Die gesuchte Wahrscheinlichkeit ist der Anteil, den die Schnittmenge zwischen  $I$  und  $T$  (Regen und Wolken am Morgen) von  $I$  (Regen) ausmacht. Im Fall läge die Wahrscheinlichkeit, dass es angesichts des Regens im Laufe des Tages schon morgens wolkig war, bei  $\frac{P(T \wedge I)}{P(I)} = \frac{6\%}{8\%} = 75\%$ .

### 3. Die Produktregel

Aus der Quotientenregel folgt unmittelbar die Produktregel.<sup>62</sup> Mit ihr schließt man aus der Anfangswahrscheinlichkeit eines Ereignisses und der auf dieses bedingten Wahrscheinlichkeit eines anderen Ereignisses auf die Wahrscheinlichkeit des gemeinsamen Auftretens beider Ereignisse. Diese Regel ist, soweit ersichtlich, nur von mittelbarer Bedeutung zur Abbildung der Beweiswürdigung. Sie ist aber elementarer Baustein von *Bayes'* Regel, die von ganz zentraler Bedeutung für die Modellierung der Beweiswürdigung ist.

$$P(T|I) = \frac{P(T \wedge I)}{P(I)}$$

$$\Leftrightarrow P(T|I) \times P(I) = P(T \wedge I)$$

$$\Leftrightarrow P(T \wedge I) = P(T|I) \times P(I) \quad (\text{erster Fall})$$

Entsprechend gilt auch:

$$P(T \wedge I) = P(T) \times P(I|T) \quad (\text{zweiter Fall})$$

Die Gleichung formuliert die Anfangswahrscheinlichkeit des gemeinsamen Auftretens von  $T$  und  $I$  (Regen *und* Wolken am Morgen). Im ersten Fall nutzt die Regel dafür die auf  $I$  bedingte Wahrscheinlichkeit von  $T$  (Wolken am Morgen *unter der Bedingung, dass* Regen). Das entspricht dem Anteil der Schnittmenge an der kleineren Menge  $I$ . Im zweiten Fall nutzt sie dafür die umgekehrte bedingte Wahrscheinlichkeit, die auf  $T$  bedingte Wahrscheinlichkeit von  $I$  (Regen *unter der Bedingung, dass* Wolken am Morgen). Das entspricht dem Anteil der Schnittmenge an der größeren Menge  $T$ . Um die Anfangswahrscheinlichkeit von Wolken am Morgen und Regen zu erhalten, muss man die bedingte Wahrscheinlichkeit aber jeweils mit der Wahrscheinlichkeit gewichten, dass die Bedingung überhaupt eintritt. Deshalb multipliziert man im ersten Fall mit  $P(I)$  und im zweiten mit  $P(T)$ .

### 4. Bayes' Regel

*Bayes'* Regel ermöglicht dem Richter den Schluss vom Auftreten eines Indizes auf die Wahrscheinlichkeit der Wahrheit der vorgetragenen Tatsache. Sie ist daher für die Modellierung der Beweiswürdigung von zentraler Bedeutung. Sie bildet die typische Situation ab, in der der Richter eine prinzipielle Vorstellung von der Wahrscheinlichkeit des Vortrags hat und nun, da er im Beweisverfahren ein Indiz wahrnimmt, das für oder gegen diesen Vortrag spricht, seine Wahrscheinlichkeitseinschätzung anpassen muss. Dafür muss der Richter wissen,

<sup>62</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 44; *Bender/Hücker/Schwarz*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Rn. 670.

wie wahrscheinlich das Vorliegen der Haupttatsache und das Auftreten des Indizes a priori sind und er muss sich auch eine Vorstellung von der Wahrscheinlichkeit des Auftretens des Indizes gegeben die Haupttatsache,  $P(I|T)$ , machen. Die beiden ersten Wahrscheinlichkeiten sind die „Prioren“, englisch „priors“ und deutsch auch „A-priori-Wahrscheinlichkeiten“ oder „Anfangswahrscheinlichkeiten“. Die auf das Vorliegen der Haupttatsache bedingte Wahrscheinlichkeit des Indizes,  $P(I|T)$ , nennt man „Likelihood“.

Die Quotientenregel ist im Prinzip schon *Bayes'* Regel in ihrer Wahrscheinlichkeitsform<sup>63</sup>, nur dass *Bayes'* Regel ausdrücklich ausbuchstabiert, dass  $P(T \wedge I)$  nach der Produktregel gleichbedeutend ist mit  $P(T) \times P(I|T)$ . Entsprechend lautet *Bayes'* Regel:

$$P(T|I) = \frac{P(T) \times P(I|T)}{P(I)}$$

Die Veranschaulichung dieser Regel am Mengendiagramm ist die gleiche wie die der Quotientenregel, mit der Ergänzung, dass man sich zur Illustration der Ersetzung von  $P(T \wedge I)$  durch  $P(T) \times P(I|T)$  im Zähler noch einmal die Darstellung der Produktregel anschauen kann. Intuitiv versteht man diese Formel meines Erachtens besser, wenn man  $P(T)$  vor den Bruch ordnet:

$$P(T|I) = P(T) \times \frac{P(I|T)}{P(I)}$$

So hat die Formel zwei Teile: Hinten die Wahrscheinlichkeit, dass das Indiz unter der Bedingung des Zutreffens der zu beweisenden Tatsachenbehauptung auftritt, als Anteil an der Wahrscheinlichkeit, dass das Indiz überhaupt auftritt:  $\frac{pr(I|T)}{pr(I)}$ . Diese Wahrscheinlichkeit beschreibt, wie oft das Indiz mit seinem Auftreten die zu beweisende Tatsache anzeigt, wenn die Tatsache wirklich vorlag.

Diese Wahrscheinlichkeit wird mit der Wahrscheinlichkeit „gewichtet“, dass die zu beweisende Tatsache überhaupt auftritt:  $P(T)$ . Denn nur soweit die zu beweisende Tatsache auch eingetreten ist, ist die Wahrscheinlichkeit, dass das Indiz mit seinem Auftreten die zu beweisende Tatsache anzeigt, wenn die Tatsache vorlag, relevant. Weil der Eintritt von  $T$  aber unsicher ist, ist sozusagen die Relevanz der bedingten Wahrscheinlichkeit auch unsicher, was ihre Gewichtung mit der Wahrscheinlichkeit von  $T$  zum Ausdruck bringt.

<sup>63</sup> Viele, die mit *Bayes'* Regel arbeiten, finden die „Odds-Formulierung“ von *Bayes'* Regel intuitiver als die hier vorgestellte Wahrscheinlichkeitsformulierung. Ich bevorzuge dagegen die Wahrscheinlichkeitsformulierung und verzichte daher auf die Herleitung und Erklärung der „Odds-Formulierung“.

## IV. Die Darstellung des Updatings anhand von Baumdiagrammen

Die Einführung des Umgangs mit bedingten Wahrscheinlichkeiten in Formeln ist sehr abstrakt. Intuitiver lässt sich das bayesianische Schließen anhand von Baumdiagrammen nachvollziehen, die im Fortgang dieser Arbeit häufig benutzt werden. Diese Darstellung betont die unterschiedlichen „Wege“, welche die Realität gehen kann, und ist daher besonders geeignet, das Schließen von Indizien auf bestimmte „Wege“ der Realität abzubilden. Wenn es also am Morgen wolkig sein kann oder nicht, und es darauf jeweils regnen kann oder nicht, dann kann die Realität vier „Wege“ gehen: „wolkig, Regen“, „wolkig, kein Regen“, „nicht wolkig, Regen“ oder „nicht wolkig, kein Regen“. Jeder der Schritte, den die Realität nehmen kann, tritt mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein. Wolken bedecken den Himmel am betreffenden Morgen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Und im weiteren Verlauf kommt Regen mit einer auf morgendliche Wolken oder morgendlichen Sonnenschein bedingten Wahrscheinlichkeit auf.

### 1. Die Konstruktion von Baumdiagrammen

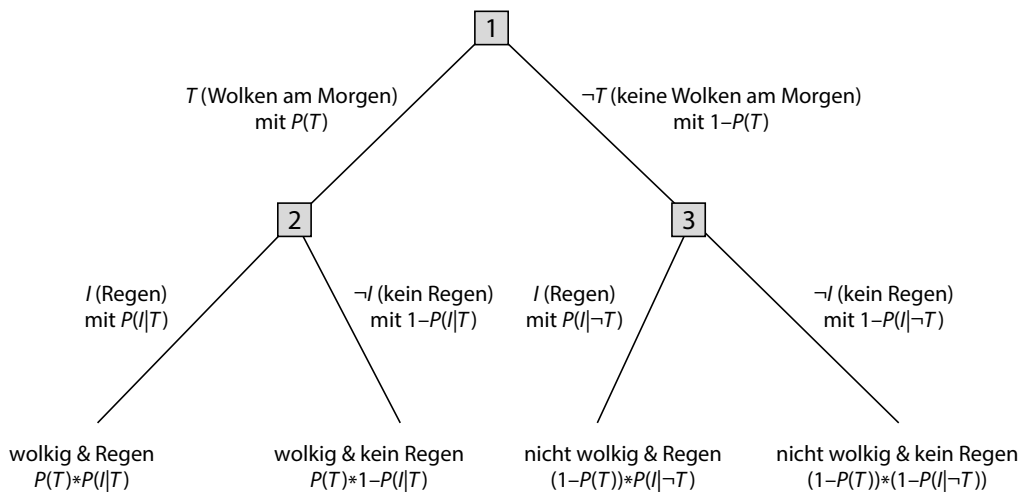


Abbildung 4: Baumdiagramm zur Illustration bedingter Wahrscheinlichkeiten.

Das Baumdiagramm konstruiert man, indem man die Realität nach den möglichen Wegen, die sie gehen kann, auffächert und jedem Schritt eine Wahrscheinlichkeit bzw. ab den tieferen Stufen eine bedingte Wahrscheinlichkeit (Likelihood) zuweist. In unserem Beispiel entscheidet sich an Knoten 1, ob  $T$  (morgens wolkig) oder  $\neg T$  (morgens nicht wolkig) vorliegt. Diesen beiden Ereignissen können Wahrscheinlichkeiten zugeordnet werden. Dem Ereignis  $T$  ordnen wir die Wahrscheinlichkeit  $P(T)$  zu. Über die Wahrscheinlichkeit von  $\neg T$  wissen wir, dass  $P(T)$  und  $P(\neg T)$  sich ausschließen und gleichzeitig die Ereignismöglichkeiten erschöpfend beschreiben, so dass sie sich zu 1 addieren müssen.

Deshalb wissen wir, dass die Wahrscheinlichkeit von  $\neg T$  den Wert  $1 - P(T)$  hat (Regel der Gegenwahrscheinlichkeit).

Nun kann man sich in den Knoten 2 denken und annehmen,  $T$  (Wolken am Morgen) sei eingetreten. *Unter dieser Bedingung* kann nun  $I$  (Regen) eintreten oder nicht ( $\neg I$ , kein Regen). Auch diesen beiden Ereignissen kann man Wahrscheinlichkeiten zuordnen. Diese Wahrscheinlichkeiten werden als auf  $T$  bedingt dargestellt, denn man denkt sich ja in die Situation, dass  $T$  schon eingetreten ist. Unter der Bedingung, dass  $T$  eingetreten ist, gilt erneut, dass  $P(I|T)$  und  $P(\neg I|T)$  sich zu eins addieren müssen, denn ein Drittes zwischen Regen und kein Regen ist nicht denkbar. Die Wahrscheinlichkeiten sind also  $P(I|T)$  für  $I$  (Regen) und die Gegenwahrscheinlichkeit hierzu,  $1 - P(I|T)$  für das Ereignis  $\neg I$  (kein Regen).

Entsprechend geht man an Knoten 3 vor. Man fragt sich, wie wahrscheinlich wäre  $I$  (Regen) und  $\neg I$  (kein Regen), wenn schon klar wäre, dass am Morgen keine Wolken am Himmel waren. Die Wahrscheinlichkeit für Regen bei morgendlichem Sonnenschein ist sicher eine andere als die Wahrscheinlichkeit für Regen bei morgendlichen Wolken. Man bestimmt hier also die Wahrscheinlichkeit für Regen bedingt auf fehlende Wolken:  $P(I|\neg T)$ . Für die Wahrscheinlichkeit für das Ausbleiben von  $I$  kann man wieder die Gegenwahrscheinlichkeit  $1 - P(I|\neg T)$  setzen, denn *unter der Bedingung*, dass es morgens sonnig war, addieren sich die Wahrscheinlichkeiten für Regen und kein Regen zu 1.

So ergibt sich der oben abgebildete Baum. Am Ende eines jeden Asts ist in der ersten Zeile eingetragen, welche Ereignisse in der durch den jeweiligen Ast repräsentierten Version der Realität eingetreten sind. Begibt man sich wieder in die Perspektive *ex ante*, am Knoten 1, kann man sich nun die Frage stellen, mit welcher Wahrscheinlichkeit die jeweiligen Endpunkte erreicht werden. Das ergibt sich aus der Produktregel: Man multipliziert die Wahrscheinlichkeiten, die auf dem Weg zu einem bestimmten Endpunkt liegen, miteinander. Den Endpunkt „Regen bei Wolken am Morgen“ [ $P(T \wedge I)$ ] erreicht man über den Ast ganz links. Die Wahrscheinlichkeit, ihn zu erreichen, ergibt sich durch die Multiplikation der Wahrscheinlichkeiten auf dem Weg:  $P(T) \times P(I|T)$ . Diese Wahrscheinlichkeiten sind unter den eingetretenen Ereignissen notiert.

## 2. Das bayesianische Updating anhand von Baumdiagrammen

Man kann an diesem Diagramm auch ablesen, wie wahrscheinlich es ist, dass es morgens wolkig war, wenn man erfährt, dass es später regnete und so bayesianisch updaten. Die Intuition des Updatings lässt sich dabei in der Baumstruktur besonders gut darstellen: Wenn man weiß, dass es geregnet hat, weiß man auch, dass alle Äste des Diagramms, die eine Realität repräsentieren, in der es nicht geregnet hat, irrelevant sind.<sup>64</sup> Deshalb eliminiert man diese Äste. So „zoomt“ man auf die Fälle, in denen das Indiz vorliegt.

<sup>64</sup> Bayes' Regel erfordert, dass man sicher vom Indiz weiß. Geht man nur mit einer ge-

Regen, so wird einem durch das Diagramm deutlich vor Augen geführt, kann sich auf zweierlei Weise ergeben: Es kann morgens schon wolzig gewesen sein und es kann dann, sozusagen folgerichtig, geregnet haben (Ast ganz links, „wolzig & Regen“); oder aber es war morgens noch nicht wolzig und erst später sind Wolken aufgezo-gen, aus denen dann Regen fiel (dritter Ast von links, „nicht wolzig & Regen“).

Wenn man weiß, dass es später am Tag geregnet hat, weiß man auch, dass die Äste, in denen „Regen“ nicht vorkommt, mögliche Entwicklungen der Realität repräsentieren, die sich nicht realisiert haben. Sie sind damit für die Analyse des Problems irrelevant geworden. Man kann sie streichen. Das entspricht der oben im Mengendiagramm gezeigten Veränderung, dass sich die Gesamtheit der Fälle von  $S$  (alle Ereignismöglichkeiten) auf  $I$  (nur die Ereignismöglichkeiten, in denen es regnet) reduziert. So wie oben nur noch die Punkte relevant waren, die in der Menge  $I$  lagen, sind nun nur noch die Äste relevant, die zu  $I$  führen.

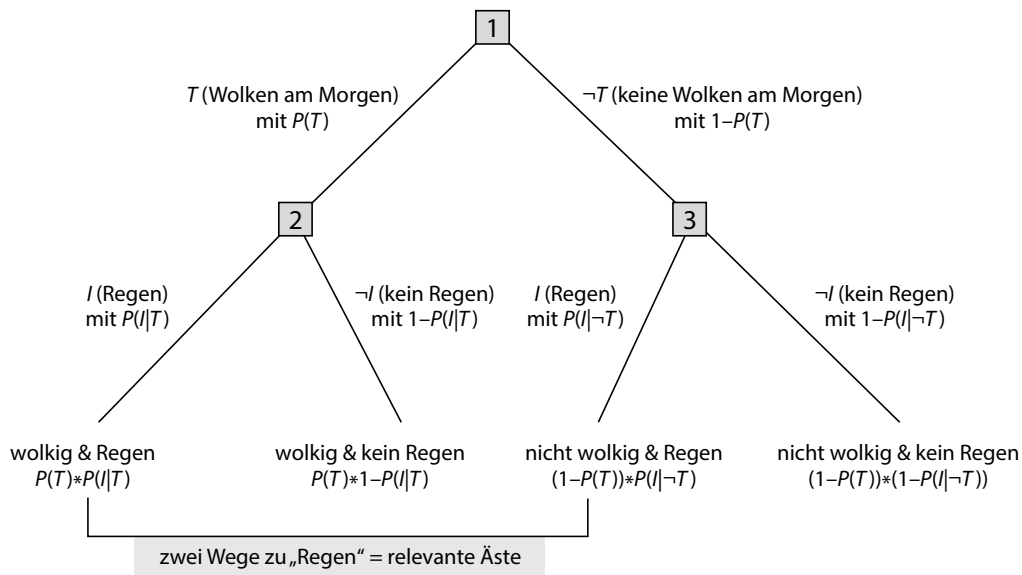


Abbildung 5: Bayesianisches Updating.

wissen Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen eines Indizes aus, bietet *Bayes'* Regel keine Möglichkeit upzudaten, weil im Baumdiagramm keine Äste gestrichen werden können, *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 140f. *Jeffrey* hat mit „Jeffreys Regel“ eine Regel vorgeschlagen, wie auch in diesen Fällen rational upgedated werden kann, *Jeffrey*, Subjective Probability, 53–55; *Jeffrey*, Probability and the art of judgment, 108, 111 ff. Diese Regel hat für die Wahrscheinlichkeitstheorie einige Bedeutung. Ihre Existenz ermöglicht die Konstruktion subjektiver Wahrscheinlichkeiten ganz ohne sicheres Wissen, so dass es bis auf den Grund des Wissens nur subjektive Wahrscheinlichkeiten gibt, *Jeffrey*, Probability and the art of judgment, 45. Aber diese konzeptionell wichtigen Punkte sind im Hinblick auf die praktische Anwendung der Wahrscheinlichkeitstheorie eher Feinheiten. Es findet sich, wenn man vom Vorliegen eines Indizes nicht voll überzeugt ist, in der Regel eine sichere Erfahrung, aus der man seine Überzeugung über das Indiz gewonnen hat: Vielleicht weiß der Richter nicht sicher, dass Herr Schmitz den Kläger mit blutender Nase gesehen hat, aber er weiß sicher, dass Herr Schmitz diese Beobachtung berichtet hat. Dieser Bericht ist dann das Indiz, über das der Richter sicheres Wissen hat, so dass er *Bayes'* Regel anwenden kann.

Wenn man wissen will, wie wahrscheinlich es ist, dass es morgens wolkig war, *wenn man weiß*, dass es später geregnet hat, muss man sich klar machen, dass jetzt die Summe der Ex-ante-Wahrscheinlichkeiten der Äste, die zu  $I$  führen, die neue Grundgesamtheit bilden. Die gesamte Wahrscheinlichkeitsmasse, die noch relevant ist, kann ausgedrückt werden als:

$$P(T) \times P(I|T) + (1 - P(T)) \times P(I|\neg T)$$

Wenn man sich fragt, mit welcher Wahrscheinlichkeit es morgens wolkig war, gegeben, dass es im Tagesverlauf geregnet hat, fragt man sich also, am Ende welches der beiden Äste, die zu Regen führen, man sich befindet – das heißt, man fragt sich, welcher Anteil der verbleibenden Gesamtwahrscheinlichkeitsmasse in dem Ast liegt, der morgendliche Wolken enthält. Das aber kann man leicht aus dem Diagramm ablesen. Von der Summe, die die verbleibende relevante Gesamtwahrscheinlichkeit beschreibt, kamen  $P(T) \times P(I|T)$  aus dem Ast, der auch morgendliche Wolken enthielt. Regen ist nun so wahrscheinlich, wie es dem Anteil der Wahrscheinlichkeitsmasse aus dem Ast mit Regen an der verbleibenden relevanten Gesamtwahrscheinlichkeit entspricht. Dieser Anteil wird ausgedrückt als Bruch: im Zähler die Wahrscheinlichkeitsmasse aus dem Ast mit Wolken. Im Nenner die Summe aus den Wahrscheinlichkeitsmassen der verbleibenden relevanten Äste – alle Äste, die einen Verlauf repräsentieren, bei dem es geregnet hat. Genau das sagt *Bayes' Regel*:

$$P(T|I) = \frac{P(T) \times P(I|T)}{P(T) \times P(I|T) + (1 - P(T)) \times P(I|\neg T)}$$

*Bayes' Regel* kann so das sukzessive Lernen anhand von Indizien modellieren, ein sukzessives „Updaten“ anfänglich noch ungenauer Wahrscheinlichkeiten hin zu immer genaueren Einschätzungen der Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses. Nach Verwertung des ersten Indizes ( $I_1$ ) kann man die gewonnene upgedatete Wahrscheinlichkeit als neue Anfangswahrscheinlichkeit ( $P(T)$ ) nutzen, ein neues Baumdiagramm zeichnen und das neue Indiz ( $I_2$ ) verwerten. Vielleicht tritt noch Bauer B auf und beschreibt, dass ihm der Himmel am betreffenden Morgen bedeckt vorkam, er aber nicht so darauf geachtet habe. Die Wahrscheinlichkeit der Wolken am Morgen gegeben Regen könnte man nun erneut updaten zu einer Wahrscheinlichkeit von Wolken am Morgen gegeben Regen und Zeugenaussage.

Das bayesianische Updatingverfahren funktioniert wie vorgeführt nur, wenn die Indizien bedingt unabhängig voneinander sind.<sup>65</sup> Formal bedeutet bedingt unabhängig, dass

$$\begin{aligned} P(I_1 \& I_2|T) &= P(I_1|T) \times P(I_2|T) \quad \text{und} \\ P(I_1 \& I_2|\neg T) &= P(I_1|\neg T) \times P(I_2|\neg T) \end{aligned}$$

<sup>65</sup> Jeffrey, Subjective Probability, 17; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 149.

Das heißt, immer wenn die Wahrscheinlichkeit des einen Indizes gegeben  $T$  (oder  $\neg T$ ) durch die Wahrscheinlichkeit des anderen Indizes gegeben  $T$  (oder  $\neg T$ ) beeinflusst wird, sind die beiden Indizien nicht bedingt unabhängig.<sup>66</sup> Die Indizien dürfen also allein durch die zu beweisende Tatsache verbunden sein, sich aber darüber hinaus nicht gegenseitig beeinflussen. Als nützliche Hilfsüberlegung kann man fragen, ob man seine Einschätzung der auf die Tatsache bedingten Wahrscheinlichkeit für das Auftreten des Indizes ändern würde, wenn man vom anderen Indiz hörte. Im Beispiel sollten beide Indizien unabhängig sein. Wenn wir hypothetisch fest davon ausgehen, es sei morgens wolkig gewesen, würden wir unsere bedingte Wahrscheinlichkeit für eine Aussage des Bauern B mit Inhalt „morgens wolkig“ nicht ändern, wenn wir hörten, dass es nachmittags geregnet hat. Anders wäre das etwa, wenn das zweite Indiz gewesen wäre, dass es später am Tag stark bewölkt war. Regen fällt aus Wolken, so dass die Information, dass es später wolkig war, in der Information, dass es später regnete, wohl schon enthalten war. Um die Information des zweiten Indizes in diesen Fällen dennoch nutzen zu können, kann man – weitgehend intuitiv – eine Familie von Indizien (mittags stark bewölkt und Regen) bilden und sie als Ganzes als *ein* Indiz verwenden.<sup>67</sup>

*Bayes'* Regel ist kommutativ. Das bedeutet, es ist gleich, welches von zwei bedingt unabhängigen Indizien man zuerst verarbeitet. Man kommt immer zum selben Ergebnis.<sup>68</sup>

## V. Subjektive Wahrscheinlichkeit, Rationalität und Wetten

Nun wurde in diesem Kapitel der Bedarf für eine induktive Logik als Modell der Beweiswürdigung durch einen rationalen Richter festgestellt. Dann wurde die Wahrscheinlichkeitstheorie als möglicher Kandidat zur Befriedigung dieses Bedarfs vorgestellt. Nun muss geklärt werden, wie die Begriffe der Wahrscheinlichkeit mit einem Subjekt verknüpft werden können, und vor allem ist zu prüfen, ob ein idealisiertes rationales Subjekt, also auch ein rationaler Richter, wirklich die Regeln der Wahrscheinlichkeitstheorie beachten würde.

<sup>66</sup> *Lempert*, Michigan Law Review 1977, 1021–1057, 1042.

<sup>67</sup> Zum Ganzen, insbesondere auch zur Verwertung abhängiger Indizien, die hier nicht im Zentrum des Interesses stehen *Bender/Häcker/Schwarz*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Rn. 610–612; *Lempert*, Michigan Law Review 1977, 1021–1057, 1042 ff.; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 149 ff.

<sup>68</sup> *Hacking*, An introduction to probability and inductive logic, 177; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 140.



### 1. Die Verknüpfung der Axiome mit dem Subjekt

Bis hierher wurde trotz gelegentlicher Anspielung auf die zu Grunde gelegte subjektive Interpretation eigentlich nur das aus den Kolmogorov'schen Axiomen hergeleitete formale System der Wahrscheinlichkeit vorgestellt. Auf ihm bauen alle Interpretationen – die subjektive, die objektive, die logische und die mit ihr verwandten epistemische, sowie die klassische – gleichermaßen auf.<sup>69</sup> Das System subjektiver Wahrscheinlichkeiten unterscheidet sich von den anderen Interpretationen zum einen dadurch, wie Anfangswahrscheinlichkeiten festgesetzt werden – es gibt in der subjektiven Interpretation hierfür nämlich keine allgemeingültigen Regeln (dazu Näheres im nächsten Kapitel).<sup>70</sup> Zum anderen unterscheidet sich die subjektive Interpretation aber vor allem dadurch von der objektiven, dass sie keine Realität beschreiben soll. Die objektive Interpretation beschreibt mit Hilfe der Kolmogorov'schen Axiome tatsächliche Häufigkeiten. Die subjektive Interpretation formuliert vor allem den normativen Anspruch, dass es rational und damit allgemein als richtig anerkannt sei, *Überzeugungen* nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeitsrechnung zu behandeln. Nur dann seien Überzeugungen „kohärent“ und nur „kohärente“ Überzeugungen seien rational.<sup>71</sup> Die Rechtfertigung dieses normativen Anspruchs, der den subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff gerade als Modell für diese Arbeit qualifiziert hat, wird im Folgenden kritisch nachgezeichnet. Wie schon bei der Messung von Überzeugungsgraden ist auch die Rechtfertigung von kohärenten Überzeugungen als rational auf pragmatische und auf epistemische Weise versucht worden. Wieder stellen sich die epistemischen Begründungsansätze als überzeugender dar. Sie tragen aber nicht genauso weit wie die sogenannten Dutch-Book-Argumente der pragmatischen Rechtfertigung, auf die diese Arbeit daher angewiesen bleibt.

### 2. Die Pragmatischen Rechtfertigungen des Rationalitätsanspruchs

Wie deduktive Logik widersprüchliche Argumente als ungültig ausscheiden kann, versuchte man auch für die Wahrscheinlichkeit als Logik der Überzeugungsgrade ein Konzept zu etablieren, welches das gleichzeitige Halten bestimmter Überzeugungen als unvernünftig ausscheiden kann. Dieses Kriterium fand man im Kohärenzbegriff. Wieder formulierte der pragmatische Ansatz diesen Kohärenzbegriff unter Bezugnahme auf Handlungen. Inkohärent sollten Überzeugungen sein, die zu unvernünftigen Handlungen führen. Und wie

<sup>69</sup> Für einen Überblick *Hájek*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ebenso bei *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 95 ff.

<sup>70</sup> *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 199.

<sup>71</sup> *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 199; *Hacking*, *An introduction to probability and inductive logic*, 165.

bei der Messung von Überzeugungsgraden versuchte man nun, die Vernünftigkeit bestimmter Überzeugungen an den Präferenzen des Handelnden zu messen. Auch hier boten sich Wetten als Grundlage der Gedankenexperimente an, weil die Präferenzen des Handelnden bei Wetten offen zutage zu liegen scheinen. Und wieder beschreiben Wetten nicht zu ausgefallene Situationen, um an ihnen allgemeine Begriffe zu entwickeln, denn unser ganzes Leben besteht aus riskanten Entscheidungen, die als Wetten interpretiert werden können – auch wenn die Wette auf das Nichtausfallen des Zugs, die *Ramsey* bemüht,<sup>72</sup> seit Erfindung des Smartphones vielleicht an Bedeutung eingebüßt hat. *Ramsey* definierte Kohärenz also als System von Überzeugungen, die es einem Wettgegner unmöglich machen, dem Handelnden Wetten derart anzubieten, dass der Handelnde notwendig – unabhängig davon, wie sich die Welt entwickelt – verliert.<sup>73</sup> Ein Bündel an Wetten, bei deren gemeinsamer Eingehung der Handelnde notwendig einen Verlust erleidet, nennt man, so hat es sich eingebürgert, ein „Dutch Book“.

Es wurden sehr praktische Einwände gegen Dutch-Book-Argumente formuliert. Wenn man nie wette, seien alle Überzeugungen rational, weil man sich nie einem „Dutch Book“ aussetze.<sup>74</sup> Manche Wetten könnten nie eingelöst werden, weil die Parteien den Zeitpunkt der Realisation der Hypothese nicht mehr erleben oder weil man sich nie auf eine eindeutige Antwort wird einigen können.<sup>75</sup> Auch auf die Richtigkeit wissenschaftlicher Theorien könne man nicht wetten.<sup>76</sup>

Ganz ähnlich wie bei der Messung von Überzeugungsgraden scheinen diese Einwände das Dutch-Book-Argument absichtlich misszuverstehen, indem sie es wörtlich nehmen. Abgesehen davon kann man durchaus Wetten eingehen, die sich erst nach dem Tod der Parteien entscheiden, indem man sie, etwa durch Gründung einer Gesellschaft, handelbar macht. Am Derivatemarkt kümmert sich auch niemand um das Überleben der Gegenpartei. Auch sollte man, solange man sinnvoll formuliert, darauf wetten können, dass bestimmte wissenschaftliche Theorien bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht durch einen bestimmten Befund widerlegt wurden. Entscheidend ist, dass Dutch-Book-Argumente nicht zu wörtlich genommen, sondern eher als eine Dramatisierung einer einleuchtenden Inkonsistenz zwischen Verhalten und Präferenz eines Individu-

<sup>72</sup> *Ramsey*, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 183.

<sup>73</sup> Vgl. auch *Gillies*, *Philosophical Theories of Probability*, 55–56; *Ramsey*, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 182f.

<sup>74</sup> Berichtet bei *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1.

<sup>75</sup> Berichtet bei *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1.

<sup>76</sup> Berichtet bei *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.2.

ums verstanden werden sollte.<sup>77</sup> Einen sicheren Verlust einzugehen, erscheint allgemein als irrational.<sup>78</sup> Besonders pointiert trifft es *Ramsey*, der schreibt, Dutch-Book-Argumente zeigten, dass bestimmte Überzeugungen dazu führen, dass die Wahl einer Person davon abhängt, wie die Situation präsentiert wird<sup>79</sup> und dieser Umstand erscheine widersprüchlich und nicht „kohärent“.<sup>80</sup>

Dutch-Book-Argumente zeigen nun zweierlei: Erstens kann man gegen Menschen, deren Überzeugungen nicht den Axiomen von Kolmogorov und den aus ihnen hergeleiteten Regeln, insbesondere auch *Bayes'* Regel, gehorchen, ein „Dutch Book“ erstellen, so dass ihre Überzeugungen nicht als „kohärent“ gelten können.<sup>81</sup> Zweitens lässt sich umgekehrt in einem „converse Dutch-Book-Argument“ zeigen, dass man gegen Menschen, die ihre Überzeugungen im Einklang mit Kolmogorovs Axiomen und den aus ihnen folgenden Regeln bilden, kein „Dutch Book“ erstellen kann.<sup>82</sup> Damit soll belegt sein, dass nur Überzeugungen, die den Axiomen Kolmogorovs gehorchen, kohärent und damit rational sind.

Wie oben der pragmatische Ansatz zur Bemessung von Überzeugungsgraden haben auch Dutch-Book-Argumente das Problem, dass sie in der hier dargestellten einfachen Form einen konstanten Grenznutzen von Geld annehmen.<sup>83</sup> Aus denselben Gründen wie oben erscheint dieser Einwand nicht zentral, zumal die pragmatische Rechtfertigung bei Zugrundelegung eines Erwartungsnutzenansatzes sehr kompliziert wird.<sup>84</sup> Das eigentliche Problem der Dutch-Book-Argumente zur Rechtfertigung des normativen Anspruchs der subjektiven Interpretation von Wahrscheinlichkeit ist, dass die gezeigte Inkonsistenz eine solche zwischen Präferenzen und Überzeugungen ist. Die Rechtfertigung ist damit nicht rein epistemisch. Pragmatische Dutch-Book-Argumente zeigen, dass es nicht nützlich ist, inkohärente Überzeugungen zu haben, wenn

<sup>77</sup> *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1; *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 109.

<sup>78</sup> *Kotzen*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 625–644, 628.

<sup>79</sup> Genauer könnte man sagen, dass man für ein und dieselbe Sache je nach Darstellung unterschiedliche Zahlungsbereitschaften hat.

<sup>80</sup> *Ramseys* Zitat bei *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 36–37.

<sup>81</sup> Die verschiedenen Dutch-Book-Argumente sind kleinteilig und manchmal trivial, weshalb der Haupttext mit ihnen nicht belastet werden soll, zumal niemand bezweifelt, dass sie gelten, soweit man die Form des Dutch-Book-Arguments akzeptiert. Die einfachen Dutch-Book-Argumente sind daher für den interessierten oder den kritischen Leser in einem Annex zu diesem Kapitel skizziert. Für kompliziertere, insbesondere für das converse Dutch-Book-Argument, finden sich dort Verweise auf die weiterführende Literatur.

<sup>82</sup> *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 34; *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1.

<sup>83</sup> *Kotzen*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 625–644, 628.

<sup>84</sup> *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.2.

man dem Bedürfnis folgen möchte, kein Geld zu verlieren. Aber der Anspruch der Logik von Überzeugungsgraden ist stärker. Die Verletzung der Axiome soll generell und nicht bloß im Hinblick auf einen bestimmten Zweck falsch sein. Sie bedarf einer Entsprechung zum Widerspruch in der deduktiven Logik.

### 3. Epistemische Rechtfertigungen

*Christensen* hat versucht, die Dutch-Book-Argumente zu „depragmatisieren“, indem er darauf abstellte, dass Agenten auch „Books“, die einen sicheren Verlust bedeuten, für faire Wetten hielten. Das könne man als irrational bezeichnen, ohne auf die Präferenzen oder Bedürfnisse des Agenten abstellen zu müssen.<sup>85</sup> Aber auch die Fairness von Wetten ist kein genuin epistemisches Kriterium.

Als rein epistemische sind vor allem zwei Rechtfertigungen für den normativen Anspruch der subjektiven Interpretation des Wahrscheinlichkeitsbegriffs vorgetragen worden, das Kalibrierungsargument und das Genauigkeitsargument.

Perfekt kalibriert sind Überzeugungen, welche die entsprechenden Häufigkeiten genau abbilden. Man kann etwa die Menge an Fällen betrachten, in denen man davon ausging, dass irgendein Ereignis mit  $x\%$  eintritt. Die Ereignisse können ganz unterschiedliche sein. Mal hat man das Ende eines politischen Regimes innerhalb eines gewissen Zeitraums vorhergesagt, mal ein Wetterphänomen an einem bestimmten Tag. Immer aber ist man davon ausgegangen, dass das vorhergesagte Ereignis mit  $x\%$  eintreten werde. Perfekt kalibriert wären diese Überzeugungen, wenn in dieser Klasse von Fällen die jeweiligen Ereignisse in  $x\%$  der Fälle eingetreten sind.<sup>86</sup> Kalibrierung ist offensichtlich eine epistemisch gute Eigenschaft. Perfekt kalibrierte Wahrscheinlichkeiten erfassen das Maß an Unsicherheit offenbar zutreffend.

Perfekte Kalibrierung ist realistisch nicht zu erwarten und hängt von weit mehr Voraussetzungen ab als dem bloßen Einhalten der Kolmogorov'schen Axiome. Aber weil relative Häufigkeiten den Kolmogorov'schen Axiomen unterliegen, ist perfekte Kalibrierung schon logisch ausgeschlossen, wenn Überzeugungen die Axiome der Wahrscheinlichkeitsrechnung verletzen. Nur das Einhalten der Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung erhält die Möglichkeit, Überzeugungen perfekt zu kalibrieren.<sup>87</sup> Es ist deshalb aus epistemischen Gründen richtig und damit rational.

<sup>85</sup> *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 35–36; *Christensen*, The Journal of Philosophy 1996, 450–479; *Kotzen*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy, 625–644, 628.

<sup>86</sup> *Jeffrey*, Probability and the art of judgment, 63 f.

<sup>87</sup> *Fraassen*, in: Cohen/Laudan (Hrsg.), Physics, Philosophy and Psychoanalysis, 295–319. Vgl. auch *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy, 360–379, Abschnitt 17.2.

Joyce<sup>88</sup> ist mit einem epistemischen Argument für die Verarbeitung von Überzeugungen im Einklang mit den Axiomen der Wahrscheinlichkeitsrechnung bekannt geworden, das im Kern schon bei *de Finetti* angelegt war: Kohärenz minimiert den Abstand zur Wahrheit, macht die Überzeugung also Genauer. Deswegen sollten Überzeugungen kohärent sein.<sup>89</sup>

Wenn man jeder wahren Proposition einen Wert von 1 gibt und jeder unwahren einen von null, kann man sich die „Distanz“ zwischen einer Überzeugung und der „Wahrheit“ als quadrierte Differenz zwischen dem Überzeugungsgrad und dem Wahrheitswert der Proposition vorstellen.<sup>90</sup> Eine Überzeugung ist umso genauer, je geringer diese Distanz zwischen ihrem Überzeugungsgrad und dem Wahrheitswert der betreffenden Proposition ist. Für ein System von Überzeugungen kann man die durchschnittliche so berechnete Distanz der Teilüberzeugungen als Distanz von der Wahrheit ansehen. Das ist der nach *Glenn Brier* benannte „Brier Score“.<sup>91</sup> *Joyce* argumentierte ursprünglich in einem ersten Schritt, dass Maße, die wesentliche Eigenschaften des Brier Scores teilen, die Distanz zwischen der Überzeugung und der tatsächlichen Welt sinnvoll messen.<sup>92</sup>

Im zweiten Schritt belegte *Joyce* dann, dass es für jedes System von Überzeugungen, das gegen die Axiome der Wahrscheinlichkeit verstößt, immer eines gibt, das sie einhält, welches näher an der Wahrheit liegt. Ein System von Überzeugungen „dominiert“ ein anderes System von Überzeugungen, wenn das System in allen Überzeugungen, die es enthält, mindestens ebenso nah an der Wahrheit liegt wie das andere und in mindestens einer Überzeugung näher liegt.<sup>93</sup> *Joyce* belegte, dass inkohärente Überzeugungen immer dominiert sind<sup>94</sup> und kohärente Überzeugungen nie von inkohärenten dominiert werden.<sup>95</sup> Daraus folgt, dass kohärente Systeme von Überzeugungen näher an der Wahrheit liegen und daher epistemisch rational sind. Später verallgemeinerte *Joyce* sein Argument, indem er bewies, dass dieser zweite Schritt nicht nur für Distanzmaße gilt, die wichtige Eigenschaften des Brier Scores teilen, sondern für eine viel größere Klasse an Maßen.<sup>96</sup> Durch diese Verallgemeinerung hat der erste Schritt des Arguments, die Verteidigung des Brier Scores als zutreffendes Distanzmaß, stark an Bedeutung verloren.

<sup>88</sup> *Joyce*, in: Huber/Schmidt-Petri (Hrsg.), *Degrees of Belief*, 263–297; *Joyce*, *Philosophy of Science* 1998, 575–603.

<sup>89</sup> *Finetti*, *Theory of probability*, 159.

<sup>90</sup> *Brier*, *Monthly Weather Review* 1950, 1–3.

<sup>91</sup> Vgl. soeben Fn. 90.

<sup>92</sup> *Joyce*, *Philosophy of Science* 1998, 575–603, 590–597.

<sup>93</sup> *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.2.

<sup>94</sup> *Joyce*, *Philosophy of Science* 1998, 575–603, 597–600; *Joyce*, in: Huber/Schmidt-Petri (Hrsg.), *Degrees of Belief*, 263–297.

<sup>95</sup> *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 39.

<sup>96</sup> *Joyce*, in: Huber/Schmidt-Petri (Hrsg.), *Degrees of Belief*, 263–297, 269, 293.

Wie man zeigen kann, dass kohärente Überzeugungen näher an der Wahrheit liegen, obwohl man doch nicht weiß, was wahr ist, hat *Bradley* in Anlehnung an *Joyce* eingängig graphisch illustriert.<sup>97</sup>

Stellen wir uns vor, es gehe um eine Proposition  $H$ . Diese kann wahr sein (1) oder falsch (0). Die Überzeugungen einer Person über das Zutreffen der beiden Aussagen über die Welt kann man in ein Koordinatensystem eintragen. Auf der vertikalen Achse sei der Überzeugungsgrad abgetragen, dass  $H$  zutrifft und auf der horizontalen Achse der Überzeugungsgrad, dass  $H$  nicht zutrifft. Die Achsenlängen sind im Diagramm auf 1 normiert. Das Axiom der Additivität gebietet, dass der Grad der Überzeugung, dass  $H$  zutrifft und der Grad der Überzeugung, dass  $H$  nicht zutrifft, sich zu 1 addieren. Das ist für alle Überzeugungen der Fall, die durch Punkte auf der gestrichelten Linie repräsentiert werden, die im Diagramm die Punkte A und B verbindet. Punkt A repräsentiert etwa eine in Wahrscheinlichkeit ausgedrückte Überzeugung, dass  $H$  sicher zutrifft:  $P(H)=1$  und  $P(-H)=0$ . Die Summe der beiden Werte ist 1. Punkt B repräsentiert eine in Wahrscheinlichkeit ausgedrückte Überzeugung, dass  $H$  sicher nicht zutrifft:  $P(H)=0$  und  $P(-H)=1$ . Diese Linie zwischen Punkt A und Punkt B repräsentiert kohärente Überzeugungen. Alle Punkte abseits der Linie repräsentieren inkohärente Überzeugungen, die das Additivitätsaxiom verletzen.

Wenn  $H$  wahr ist, hat eine Überzeugung, die durch Punkt A repräsentiert wird ( $P(H) = 1$  und  $P(-H) = 0$ ), maximale Genauigkeit. Wenn  $H$  falsch ist, hat eine Überzeugung, die durch Punkt B repräsentiert wird ( $P(H) = 0$  und  $P(-H) = 1$ ), maximale Genauigkeit. Aber wir wissen nicht, ob  $H$  oder  $-H$  wahr ist.

Betrachten wir im Diagramm die durch Punkt C repräsentierten inkohärenten Überzeugungen. Woher weiß man, dass sie durch kohärente dominiert werden, obwohl man nicht weiß, ob  $H$  wahr ist? Schlägt man einen Kreisbogen um A, der einen Radius hat, der dem Abstand von C zu A entspricht, repräsentieren die Punkte auf dem Kreisbogen alle Überzeugungen, die nach dem Brier Score<sup>98</sup> ebenso weit entfernt von A liegen wie C. Wenn  $H$  wahr ist, sind alle Punkte auf dem Kreisbogen gleich genau, aber alle Punkte innerhalb des Kreisbogens repräsentieren Überzeugungen, die genauer sind als die durch C repräsentierten, weil sie näher an A liegen. Das Gleiche kann man für den Punkt B tun und so die Überzeugungen identifizieren, die genauer als die durch C repräsentierten sind, wenn  $-H$  wahr ist. Die Überzeugungen, die durch Punkte in der Schnittmenge der beiden Kreise repräsentiert werden, sind aber genauer als die durch C repräsentierten, unabhängig davon, ob  $H$  oder  $-H$  wahr ist. Sie dominieren die Überzeugungen, die C repräsentiert. Unter diesen Überzeugungen sind auch

<sup>97</sup> Die beiden folgenden Graphen orientieren sich an *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 38f. *Bradley* hat sich seinerseits an *Joyce*, *Philosophy of Science* 1998, 575–603, 582 angelehnt.

<sup>98</sup> Die quadrierte Differenz zwischen der Überzeugung und der zutreffenden vollen Überzeugung 0 oder 1.

kohärente Überzeugungen: die auf der gestrichelten Linie. Für jeden Punkt abseits der gestrichelten Linie ließe sich auf diese Weise eine Schnittmenge zweier Kreisbögen um A und B konstruieren, die Überzeugungen umfasst, die unabhängig davon, ob  $H$  oder  $\neg H$  wahr ist, genauer sind als die durch den Punkt repräsentierten. Und in jeder dieser Schnittmengen werden sich Punkte befinden, die auf der gestrichelten Linie liegen und damit kohärente Überzeugungen repräsentieren. Das zeigt: Inkohärente Überzeugungen werden immer durch kohärente dominiert.

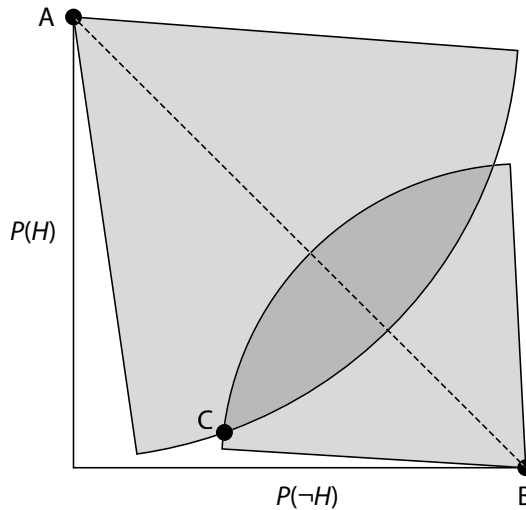


Abbildung 6: Inkohärente Überzeugungen sind durch kohärente dominiert.

Für Punkte auf der Linie (zum Beispiel Punkt D) lässt sich aber keine Menge von Punkten konstruieren, die sowohl näher an A als auch näher an B liegen. Kohärente Überzeugungen werden also nicht von inkohärenten dominiert.

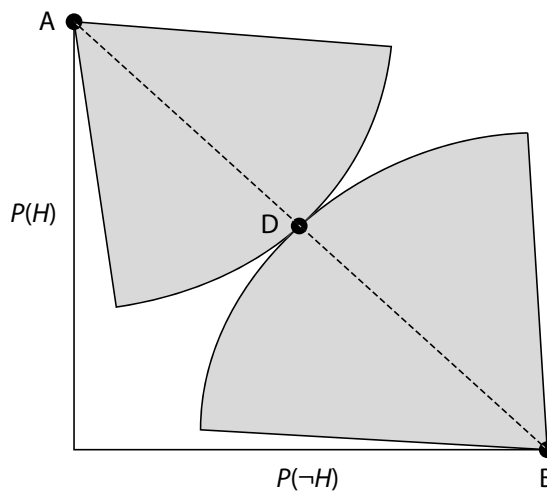


Abbildung 7: Kohärente Überzeugungen sind nicht durch inkohärente dominiert.

Sowohl die Erhaltung der Möglichkeit perfekter Kalibrierung als auch die Genauigkeit von Überzeugungen begründen daher den normativen Anspruch des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs, dass Überzeugungen kohärent sein müssen.

## VI. Ergebnis

Im Ergebnis ist der Anspruch des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs festzuhalten, dass nur Überzeugungen, die den Kolmogorov'schen Axiomen und den aus ihnen hergeleiteten Regeln entsprechen, gut begründet sind. Die Dutch-Book-Argumente zeigen auf pragmatische Weise, dass sich Akteure zu ihren Präferenzen in Widerspruch setzen, wenn sie Überzeugungen halten, die die Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung verletzen. Die epistemischen Begründungen zeigen, dass Kohärenz genuin epistemische Ziele wie Kalibrierung und Genauigkeit optimal verfolgt.

Für den normativen Anspruch, dass rationale Akteure ihre Überzeugungen angesichts neuer Evidenz bayesianisch updaten, ist bisher strenggenommen kein epistemisches Argument angeführt worden. Zwar leitet sich auch *Bayes'* Regel aus den Kolmogorov'schen Axiomen her, so dass man sie für mit diesen gerechtfertigt halten kann. Aber diese Axiome verlangen nur, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt zwischen den verschiedenen Überzeugungen eines Individuums keine Widersprüche vorliegen. Das bayesianische Updating kann man aber als Regel verstehen, wie ein Individuum seine Überzeugungen zwischen zwei Zeitpunkten verändern soll. Zur Kohärenz zwischen Überzeugungen, die ein Individuum zu verschiedenen Zeitpunkten hält, sagen die Axiome nichts aus. Dafür, dass man seine Überzeugungen vom Zeitpunkt eins zu Zeitpunkt zwei durch bayesianisches Updaten verändern soll, lassen sich Dutch-Book-Argumente konstruieren.<sup>99</sup> Insofern bleibt die Arbeit auf die Dutch-Book-Argumente angewiesen. Für die Zwecke dieser Arbeit erscheint das weitgehend unproblematisch. Eine epistemische Norm auf rein epistemische Weise ohne Bezugnahme auf Bedürfnisse zu rechtfertigen, erscheint vorzugswürdig. Aber die Probleme, die die pragmatische Rechtfertigung aufwirft, erscheinen für die vorliegende Arbeit so klein, dass diese sich auch auf pragmatische Begründungen stützen kann. Dass die Probleme des abnehmenden Grenznutzens für Dutch-Book-Argumente eher zu vernachlässigen sind, wurde schon bei der Behandlung der Bemessung von Überzeugungsgraden begründet. Ob sich ein Richter zu seinen eigenen Präferenzen in Widerspruch setzt, indem er gegen die Axiome der Wahrscheinlichkeit verstößt, ist für die Rechtsordnung nicht irrelevant. Nimmt man einen idealen Richter an, der sich in Ausübung seines Amtes die Wertun-

---

<sup>99</sup> Vgl. oben Fn. 81 a. E.



gen der Rechtsordnung zur Präferenz macht, sollte die Rechtsordnung durchaus Wert darauf legen, dass er sich nicht durch Verstöße gegen die Axiome der Wahrscheinlichkeit zu diesen Präferenzen in Widerspruch setzt.

Insgesamt steht daher der normative Anspruch, dass Überzeugungen sich an die Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung halten müssen, auf einem festen Fundament. Allein der intertemporale Aspekt des bayesianischen Updateings muss auf dem schwächeren, aber vollkommen ausreichenden Grund der Dutch-Book-Argumente aufbauen. Der normative Anspruch des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs erscheint damit abgesichert.

## VII. Annex zu § 4: Dutch-Book-Argumente für Inkohärenz von Überzeugungen, die gegen die Wahrscheinlichkeitsaxiome verstoßen

*Nichtnegativität:* Wenn jemand das Nichtnegativitätsaxiom verletzt, hat er eine negative Zahlungsbereitschaft für eine Einheitswette mit nicht negativem Erwartungswert, zum Beispiel für eine Wette, die einen Euro auszahlt, wenn es an einem Tag dieses Jahres zugleich hell und dunkel ist. Das auslösende Ereignis ist widersprüchlich, die Wahrscheinlichkeit der Wette ist null, ebenso wie die erwartete Auszahlung. Jemand, der negative Überzeugungen hielte, würde dennoch dafür bezahlen, diese Wette loszuwerden. Dieser Betrag wäre ein sicherer Verlust. Der Verkauf ist ein Dutch-Book. Negative Überzeugungsgrade sind inkohärent. *Bradley, A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 30.

*Normalisierung:* Entsprechend würde am anderen Ende der Skala jemand mit einem Überzeugungsgrad größer eins für einen sicheren Gewinn einen Betrag zahlen, der größer ist als der Gewinn selbst, wodurch er sicher verliere. Auch Überzeugungsgrade über eins sind damit inkohärent, *Bradley, A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 30–31; *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1. Wenn man ferner einen Überzeugungsgrad unter eins für Tautologien hält, würde man eine Wette, die einen Euro auszahlt, wenn alle Junggesellen unverheiratet sind, für weniger als einen Euro verkaufen und so einen sicheren Verlust erleiden, so dass es inkohärent ist, sicheren Ereignissen eine Wahrscheinlichkeit von unter 1 zuzumessen. *Bradley, A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 30–31; *Hacking, An introduction to probability and inductive logic*, 166; *Zynda*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1.

*Additivität:*  $H$  kann in Form von genau drei Unterfällen auftreten:  $A$ ,  $B$ ,  $C$ . Beispiel: Eine gerade Zahl kann man auf einem Würfel mit 2, 4 und 6 würfeln.  $A$ ,  $B$  und  $C$  schließen sich gegenseitig aus, so wie das die Zahlen 2, 4, und 6 auf dem Würfel tun. Die Verletzung des Additivitätsaxioms würde bedeuten, dass sich die Wahrscheinlichkeiten  $P(A)$ ,  $P(B)$ ,  $P(C)$  nicht zu  $P(H)$  addieren würden. Wäre die Summe kleiner als  $P(H)$ , könnte man dem Betreffenden eine Wette, die einen Euro auszahlt, wenn  $H$  eintritt, zum Preis von  $P(H)$  verkaufen und sich dieselbe Wette durch den Kauf einer Wette von ihm zurückzahlen, die einen Euro auszahlt bei  $A \vee B \vee C$  (die Schnittmengen sind leer). Weil der Betreffende meint, Wahrscheinlichkeiten  $P(A)$ ,  $P(B)$  und  $P(C)$  addierten sich nicht

zu  $P(H)$ , würde man für dieses Los auf  $A \vee B \vee C$  einen Preis kleiner  $P(H)$  zahlen. Die Differenz zwischen den Preisen ist ein sicherer Verlust für den Betreffenden. Seine Überzeugungen sind inkohärent. *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 31; *Jeffrey*, *Subjective Probability*, 5f.; *Hacking*, *An introduction to probability and inductive logic*, 166–167; *Hájek*, in: *Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3.3.2; *Zynda*, in: *Hájek/Hitchcock (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1.

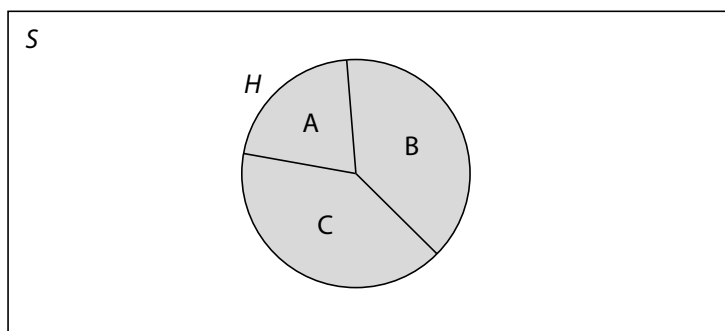


Abbildung 8: Additivität.

*Converse Dutch-Book Argument:* *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 34; *Zynda*, in: *Hájek/Hitchcock (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1, je mit weiteren Nachweisen auf *Lehman* und *Kemeney*.

*Bayesian Updating:* Die Darstellung orientiert sich eng an *Zynda*, in: *Hájek/Hitchcock (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 360–379, Abschnitt 17.1: Nehmen wir an, der Betreffende halte sich an alle Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung. Allein für das Updating bei neuer Evidenz verfare er nach der von *Bayes'* Regel unterschiedlichen Regel, dass die Wahrscheinlichkeit  $P(H)$  auf  $P^*(H)$  upzudaten sei, wenn man  $E$  sicher erfahre. Dabei ist  $P^*(H) < P(H|E)$ . Bevor der Betreffende  $E$  lernt, muss er  $P(H|E)$  für die richtige auf  $E$  bedingte Wahrscheinlichkeit von  $H$  halten, weil er sonst schon gegen die Kolmogorov'schen Axiome verstoßen würde, aus denen sich die Definition bedingter Wahrscheinlichkeiten ergibt.

Unter diesen Umständen würde „Alex“ eine auf  $E$  bedingte Einheitswette auf  $H$  zum Preis von  $P(H|E)$  kaufen. Später, wenn er  $E$  wird erfahren haben, würde er diese Einheitswette auf  $H$ , die dann nach Eintritt der Bedingung unbedingt ist, zum Preis von  $P^*(H)$  wieder verkaufen. Vor dem Eintritt von  $E$  würde er ferner eine Wette, die  $P(H|E) - P^*(H) > 0$  auszahlt, wenn  $E$  eintritt, zum Preis von  $P(E) \times (P(H|E) - P^*(H))$  kaufen. Dies führt zu einem sicheren Verlust in Höhe von  $P(E) \times (P(H|E) - P^*(H))$ .

Angenommen  $E$  träte nicht ein. Dann verlöre Alex den Preis, den er für die Wette auf  $E$  bezahlt hat. Die auf  $E$  bedingte Wette würde abgesagt, der Preis für sie würde ihm zurückgezahlt. Er erleidet einen sicheren Verlust in Höhe des Preises für die unbedingte Wette auf  $E$  in Höhe von  $P(E) \times (P(H|E) - P^*(H))$ .

Angenommen  $E$  tritt ein. Dann hat er für die unbedingte Einheitswette auf  $E$   $P(E) \times (P(H|E) - P^*(H))$  bezahlt und gewinnt mit ihr  $P(H|E) - P^*(H)$ . Ferner hat er die bedingte Wette auf  $H$  zu  $P(H|E)$  gekauft und zu  $P^*(H)$  wieder verkauft, was  $P^*(H) - P(H|E)$  ergibt. Die Auszahlung der Wette auf  $E$  hebt sich genau gegen die

Summe aus Kaufpreis und Verkaufspreis der Wette auf H auf:  $[P(H|E) - P^*(H)] + [P^*(H) - P(H|E)] = 0$ . Damit bleibt Alex, wenn  $E$  eintritt, auch auf den Kosten für unbedingte Wette auf E sitzen.

Unabhängig davon, ob  $E$  eintritt oder nicht, erleidet Alex einen sicheren Verlust, wenn er nicht bayesianisch updatet. Daher ist es inkohärent, nicht bayesianisch upzudaten. Vgl. *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 54.

## § 5 Der Modellrichter muss seine Anfangswahrscheinlichkeiten begründen – wenn er kann

In § 4 wurde klargestellt, dass eine im Sinne von § 286 I 2 ZPO begründete Überzeugung idealiter im Einklang mit den Axiomen der Wahrscheinlichkeitstheorie gebildet sein muss.<sup>1</sup> In diesem Kapitel wird nun festgestellt, dass das nicht genügt. Es ist eine zweite Norm zu beachten, welche erst gewährleistet, dass die richterlichen Überzeugungen gut „kalibriert“ sind.

Mit der induktiven Logik subjektiver Wahrscheinlichkeiten ist es wie mit der deduktiven Logik. Deduktive Logik kann prüfen, ob ein Argument schlüssig ist, ob also die Konklusion wahr ist, *falls* die Prämissen wahr sind. Sie kann aber keine Aussage dazu treffen, ob die Prämissen tatsächlich wahr sind. Entsprechend kann die Beachtung der Axiome der Wahrscheinlichkeitstheorie „nur“ sicherstellen, dass die Überzeugungen, die der Richter hält, kohärent sind. Aber sie kann keine sichere Aussage darüber treffen, ob das kohärente System von Überzeugungen in angemessenem Zusammenhang mit der Realität steht. Das liegt vor allem daran, dass die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten keine Kriterien zur Wahl der Ausgangswahrscheinlichkeiten und der Beweisstärken (Likelihoods) liefert (zu diesem Problem § 5 I.).<sup>2</sup> Das Recht verlangt aber eine Aussage über die Realität. Rationale Akteure, die in der Realität wirksame Entscheidungen treffen, sollten ihre Überzeugungen, um ihre Zwecke zu verfolgen, dort wo sie die objektiven Wahrscheinlichkeiten kennen, an diesen orientieren.<sup>3</sup> Das gilt auch für den hier als rational modellierten Richter: Er soll die Zwecke des Rechts in der Realität verwirklichen. Das gelingt ihm umso eher, je stärker seine Überzeugungen mit der Realität korrespondieren. Der Rechtsbegriff des Erfahrungssatzes, der Aussagen über historische Häufigkeiten bezeichnet, eröffnet diesen Zugang zur Realität (dazu § 5 II.). Objektive Wahrscheinlichkeiten im Sinne von Grenzwerten von Ergebnisverteilungen unendlich wiederholter Ereignisse beeinflussen zu Recht die subjektiven Anfangswahrscheinlichkeiten auf heuristische Weise; sie sind nur leider praktisch immer unbekannt (§ 5 III.). Objektive Häufigkeiten können aber sinnvoll mit

---

<sup>1</sup> Vgl. auch vorn § 4 I. 3.

<sup>2</sup> *Hájek*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.; *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 100; *Talley*, in: Arlen (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of Torts*, 305–329, 315.

<sup>3</sup> *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 140.

Hilfe historischer Häufigkeiten geschätzt werden, so dass, wie im deutschen Beweisrecht praktiziert, historische Häufigkeiten als Anfangswahrscheinlichkeiten verwendet werden können (§ 5 IV.). Jedoch unterschätzt die Rechtswissenschaft die Verfügbarkeit solcher Häufigkeitsaussagen. Sie wird dadurch entscheidend erhöht, dass auch die Verwendung von Methoden, deren historische Erfolgshäufigkeit bekannt ist, Erfahrungssätze begründet (§ 5 V.). Soweit historische Häufigkeiten nicht verfügbar sind, ist der Richter erst von der Pflicht, seine Anfangswahrscheinlichkeiten zu begründen, befreit, wenn auch das Indifferenzprinzip im konkreten Fall nicht sinnvoll heuristisch verwendet werden kann (§ 5 VI.).

## I. Der Bezug der Wahrscheinlichkeitsaxiome zur Realität

Die Anwendung der Axiome der Wahrscheinlichkeit bewirkt allein schon eine gewisse Nähe zur Realität. Während ein System wahrer Aussagen weitgehend kohärent sein sollte, ist es schwierig, in einem System unwahrer Aussagen die Kohärenz dauerhaft und auch im Abgleich mit Beweismitteln aufrechtzuerhalten (dazu § 5 I.1.). Ferner kann die wiederholte Anwendung von *Bayes'* Regel zur Konvergenz verschiedener Anfangswahrscheinlichkeiten führen: Soweit verschiedene Agenten die Untersuchung der Wahrheit einer Aussage zwar mit unterschiedlichen Anfangsüberzeugungen beginnen, dann aber dieselbe Evidenz beobachten und darüber einig sind, dass ein Beweismittel für oder gegen die Wahrheit einer Aussage spricht, konvergieren die Überzeugungen der Agenten gegen dieselben Wahrscheinlichkeitswerte (dazu § 5 I.2.). Auf diesen Prozess kann sich ein Richter leider nicht verlassen (dazu § 5 I.3.). Eine logische, das heißt notwendige und objektive Verbindung zwischen Evidenz und Überzeugung gibt es darüber hinaus nicht (dazu § 5 I.4.).

### 1. Kohärenz

Auf den ersten Blick scheint die Anwendung der Wahrscheinlichkeitsaxiome jede denkbare Überzeugung zuzulassen – solange sie nur gemeinsam mit zu ihr kohärenten anderen Überzeugungen auftritt. Jedoch weist *de Finetti* selbst darauf hin, dass es das Kohärenzerfordernis in der Praxis sehr erschweren würde – wie er es nennt –, exzentrische Überzeugungen zu hegen oder sie gar wie ein Lügner vorzutäuschen.<sup>4</sup> Wer ein „Lügengebäude“ entwirft, müsste selbst das ganze System seiner Überzeugungen sicher überblicken und auf Kohärenz prüfen, wobei ihm bei zunehmender Komplexität leicht Fehler unterlaufen dürften,

<sup>4</sup> *Finetti*, *Theory of probability*, 158. Vgl. dazu auch *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 188.

so dass er sich in Widersprüche verstrickt. Eine an der Realität orientierte, von wahren Befunden ausgehende Überzeugung sollte dagegen leichter kohärent zu vertreten sein.<sup>5</sup> Der Exzentriker wird vielleicht bald auf Überzeugungen hingewiesen, die mit seinen behaupteten Überzeugungen kohärent sind, die er aber vielleicht selbst für absurd hält. So geht schon vom Kohärenzerfordernis selbst eine Kontrollwirkung aus, die nicht unterschätzt werden sollte. Aber diese Kontrolle wirkt nicht flächendeckend und kann die Überzeugungen nicht sicher an die Realität binden. Wer sein Lügengebäude bis in den letzten Winkel kennt, kann es im Prinzip so konstruieren, dass es hält.

## 2. Konvergenz

Der Wahrscheinlichkeitsschluss nach den Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung gewährleistet außer Kohärenz auch Konvergenz. Konvergenz bedeutet, dass sich die subjektiven Wahrscheinlichkeiten verschiedener Beobachter der gleichen Evidenz mit jedem bayesianischen Update immer mehr annähern. Das gilt selbst, wenn die Beobachter mit ganz unterschiedlichen Ausgangswahrscheinlichkeiten begonnen haben. Die Konvergenz entsteht dadurch, dass – wie man an den Baumdiagrammen schön erkennt – die Updatingvorgänge darauf basieren, dass jedes Mal die Zweige, die mit der aufgefundenen Evidenz unvereinbar sind, gestrichen werden und die Wahrscheinlichkeitsmasse dann nach dem Verhältnis der Wahrscheinlichkeiten der verbliebenen Äste untereinander auf diese verteilt wird. Alle Beobachter müssen, damit Konvergenz möglich ist, also den Möglichkeitenraum gleich definieren.<sup>6</sup> Dann teilen sie sozusagen ein mentales Baumdiagramm und werden angesichts der gleichen Evidenz die gleichen Äste streichen. Das zwingt sie, die Wahrscheinlichkeitsmasse in immer ähnlicherer Form auf die verbleibenden Äste zu verteilen.<sup>7</sup>

Die Wahrscheinlichkeiten können so sogar unabhängig von den Likelihoods konvergieren, die die Agenten zu Grunde legen. Die Agenten müssen nur darüber einig sein, ob ein Beweismittel für oder gegen eine Hypothese spricht.<sup>8</sup> Ein Beweismittel spricht für eine Hypothese, wenn die Wahrscheinlichkeit für sein Auftreten unter ihrer Geltung höher ist als unter ihrer Nichtgeltung. Zwar verteilen die Agenten, die über die Likelihoods nicht einig sind, die „frei gewordene“ Wahrscheinlichkeitsmasse unterschiedlich auf die verbleibenden relevanten Äste. Aber soweit Einigkeit über die „Richtung“ besteht, für die das Beweismittel spricht, sind sie sich einig darüber, welche Äste mehr Masse erhalten. Ihre Ansichten divergieren nur darüber, wie viel mehr Gewicht ein bestimmter ver-

<sup>5</sup> *Sanchirico*, in: Sanchirico (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 203–270, 245.

<sup>6</sup> *Hacking*, *An introduction to probability and inductive logic*, 220.

<sup>7</sup> *Gillies*, *Philosophical Theories of Probability*, 64–65; *Skyrmes*, *Choice and Chance*, 156.

<sup>8</sup> *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 357 m. w. N.

bleibender Ast erhält. Updaten die Agenten also angesichts vieler Beweismittel, konvergieren ihre Überzeugungen sukzessive zu einer gemeinsamen Überzeugung. Die Ausgangswahrscheinlichkeiten, mit denen die Beobachter ihre Analyse begonnen haben mögen, werden „ausgeschwemmt“. Die Wahrscheinlichkeitseinschätzungen der unterschiedlichen Beobachter konvergieren allerdings umso schneller, je größer die Einigkeit über die Likelihoods und je stärker die Beweiskraft der Evidenz ist.<sup>9</sup>

Im Ergebnis lässt sich also festhalten: In Kontexten, in denen die Überzeugungen häufig angesichts neuer Beweismittel bayesianisch angepasst werden können und zugleich zu erwarten ist, dass alle Beteiligten von denselben Hypothesen ausgehen, starke Beweismittel zur Verfügung stehen und über diese Stärke (die Likelihoods) weitgehende Einigkeit herrscht, spielen die Ausgangswahrscheinlichkeiten praktisch keine Rolle und müssten daher nicht gerechtfertigt werden.

### 3. *Der Richter kann sich auf Konvergenz nicht verlassen*

So sieht die Welt vor Gericht leider nicht aus. Das Gerichtswesen kann sich nicht darauf verlassen, dass die Beweisbarkeit von Tatsachenbehauptungen unabhängig von den Anfangswahrscheinlichkeiten ist, die verschiedene Richter halten könnten.

In die Ausgangswahrscheinlichkeit und die Likelihoods geht das idiosynkratische Hintergrundwissen des Beobachters auf wenig formalisierte Weise ein, daher können die Anfangswahrscheinlichkeiten und Likelihoods, von denen verschiedene Beobachter ausgehen, erheblich variieren.<sup>10</sup> Daher ist klar, dass nicht alle Richter mit denselben Anfangswahrscheinlichkeiten an einen Fall herantreten würden. Im Gegenteil ist damit zu rechnen, dass auch unter Richtern Anfangswahrscheinlichkeiten und Likelihoods weit auseinander liegen können.

Selbst wenn alle Richter einig über die „Richtung“ aller Beweismittel wären,<sup>11</sup> stehen pro Tatfrage in der Regel allenfalls eine Hand voll Beweismittel zur Verfügung. Es kommt daher nur zu wenigen Updatingvorgängen. Welche Überzeugung jeder Beobachter „in langer Frist“ erreichen würde, ist daher in einem Verfahren, das nicht über „lange Frist“ im Sinne unendlich vieler Updatingvorgängen läuft, unerheblich.

<sup>9</sup> *Godfrey-Smith*, *Theory and Reality*, 209ff. In der oft leichter verständlichen Häufigkeitsanalogie gesprochen: Je größer also der Unterschied zwischen der relativen Häufigkeit des Beweismittels unter der Annahme der einen Hypothese verglichen mit der relativen Häufigkeit des Beweismittels unter der Annahme der anderen Hypothese ist, desto schneller werden sich die Agenten über ihre Überzeugungen einig.

<sup>10</sup> *Hacking*, *An introduction to probability and inductive logic*, 172.

<sup>11</sup> Mit dem Hinweis darauf, dass Menschen beileibe nicht immer über die Richtung des Beweismittels einig sein müssen *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 65.

Schließlich sind die Beweise vor Gericht oft nicht besonders aussagekräftig. Zeugen einer Schlägerei erinnern sich häufig, sehr unterschiedliche Beobachtungen gemacht zu haben. Und Indizienbeweise sind eben deswegen so schwer zu führen, weil Indizien oft so geringe Aussagekraft haben. Angesichts schwacher Evidenz bewegen sich die richterlichen Überzeugungen pro Updatingvorgang nur wenig, so dass Konvergenz erschwert wird.

Die Anfangswahrscheinlichkeiten werden daher in Gerichtsprozessen typischerweise nicht „ausgewaschen“ und spielen in der richterlichen Überzeugung daher immer noch eine ausschlaggebende Rolle.<sup>12</sup> Die bayesianischen Wahrscheinlichkeitsschlüsse allein können eine Begründung der richterlichen Überzeugung, die auch für Dritte überzeugend ist, daher nicht gewährleisten.<sup>13</sup> Ebenso wenig gewährleisten sie sicher eine Korrespondenz der richterlichen Überzeugungen mit der Realität.

#### 4. Keine logische Wahrscheinlichkeit mangels logischem Indifferenzprinzip

Weil die Beachtung der Wahrscheinlichkeitsaxiome allein also keine allgemein akzeptierte Begründung der richterlichen Überzeugungen gewährleisten kann, wäre es wünschenswert, eine eindeutige Beziehung zwischen Evidenz und Überzeugung festzustellen, nach der alle Beobachter angesichts bestimmter Hinweise dieselbe Überzeugung teilen müssten. Subjektivisten würden aber erwidern, die Richter müssten – könnten gar – ihre Anfangswahrscheinlichkeiten und Likelihoods nicht rechtfertigen,<sup>14</sup> denn es gebe keine „logischen Wahrscheinlichkeiten“, die diese Beziehung zwischen Evidenz und Überzeugung eindeutig und objektiv festlegen könnten.

Der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff behauptet eine eindeutige und intersubjektiv gültige Verknüpfung zwischen den Hypothesen und der Evidenz,<sup>15</sup> so dass alle rationalen Beobachter angesichts bestimmter Evidenz auf dieselbe Wahrscheinlichkeit schließen würden. Jede „Anfangswahrscheinlichkeit“ wäre dann auf erste Evidenz zu konditionieren und eindeutig intersubjektiv gültig bestimmt. Auf Grundlage des logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs

<sup>12</sup> *Kaplow*, *The Yale Law Journal* 2012, 738–859, 774–776; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 358.

<sup>13</sup> *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 100; *Kaplow*, *The Yale Law Journal* 2012, 738–859, 774–776; *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 103; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 358.

<sup>14</sup> *Hacking*, *An introduction to probability and inductive logic*, 184.

<sup>15</sup> Paradigmatisch etwa *Keynes*, *A Treatise on Probability*, z. B. 6. Vgl. ferner auch *Hacking*, *An introduction to probability and inductive logic*, 142; *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 81. Jüngere Arbeiten scheinen zu vertreten, „epistemische Wahrscheinlichkeiten“ würden objektiv den Grad der erkenntnistheoretischen Rechtfertigung einer Überzeugung angeben. Auch solche Wahrscheinlichkeiten erscheinen als Spielart des logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs. Vgl. dazu neben *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 81 auch *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 62 ff.



wäre also tatsächlich eine einzige gültige Begründung der tatsächlichen Feststellungen des Richters möglich. Leider ist es bisher allerdings nicht gelungen, die mit dem logischen Wahrscheinlichkeitsbegriff beschriebene eindeutige Beziehung zwischen Evidenz und Wahrscheinlichkeitswert theoretisch überzeugend und praktikabel bestimmbar zu beschreiben.<sup>16</sup>

Die Begründung der logisch eindeutigen Beziehung zwischen Evidenz und Wahrscheinlichkeit ist vor allem über das Indifferenzprinzip versucht worden.<sup>17</sup> Dieses Prinzip besagt, dass man, wenn man keine anderweitigen Gründe hat, alle möglichen Hypothesen für gleich wahrscheinlich halten soll.<sup>18</sup> Das Indifferenzprinzip taugt letztlich nicht als logisches Prinzip, weil sich die Welt zu oft auf unterschiedliche Weise in „Hypothesen“ zerlegen lässt.<sup>19</sup> Es gibt hierfür zahlreiche klassische Beispiele, die auch von Vertretern des logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs erkannt worden waren:<sup>20</sup> Mit welcher Wahrscheinlichkeit hat ein Buch, das man zufällig aus einer Bibliothek wählt, einen roten Rücken? Gibt es hier zwei alternative Hypothesen, rot und nicht rot, oder viel mehr – rot, grün, blau, grau, gelb und braun? Im ersten Fall wäre die Wahrscheinlichkeit  $\frac{1}{2}$ , im zweiten  $\frac{1}{6}$ .<sup>21</sup> Keynes war ein Vertreter des logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs, der glaubte, man könne dieses und zumindest viele weitere Probleme des Indifferenzprinzips lösen, indem man im Indifferenzprinzip nur Hypothesen verwendet, die sich nicht weiter zerlegen ließen.<sup>22</sup>

Aber auch unteilbare Hypothesen lassen sich zum selben Problem auf unterschiedliche Weise bilden. Vor allem kontinuierliche Fälle lassen sich mit dieser Modifikation des Indifferenzproblems immer noch nicht eindeutig lösen.<sup>23</sup> Man stelle sich vor, dass eine Fabrik Kacheln mit einer Kantenlänge zwischen 1 und 2 cm herstellt.<sup>24</sup> Jede Kantenlänge in diesem Intervall ist denkbar.

<sup>16</sup> *Hacking*, An introduction to probability and inductive logic, 144; *Mellor*, Probability: A Philosophical Introduction, 89. Am nächsten dürfte *Carnap* der erfolgreichen Formulierung eines logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs gekommen sein. Auch dieser Versuch gilt aber als gescheitert, *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 70. Zu der fehlenden Praktikabilität des Carnap'schen Wahrscheinlichkeitsbegriffs siehe anschaulich *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 111 ff., 611 ff.

<sup>17</sup> *Keynes*, A Treatise on Probability, 44. Dazu ferner *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 140, 144, 170 ff.; *Gillies*, Philosophical Theories of Probability, 39; *Ramsey*, in: Braithwaite (Hrsg.), Foundations of Mathematics and other Logical Essays, 156–198, 189–190.

<sup>18</sup> *Keynes*, A Treatise on Probability, 44 ff. Ferner *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 66; *Hacking*, An introduction to probability and inductive logic, 143.

<sup>19</sup> *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 70; *Mellor*, Probability: A Philosophical Introduction, 29 f.

<sup>20</sup> *Keynes*, A Treatise on Probability, 45 ff.

<sup>21</sup> *Keynes*, A Treatise on Probability, 46.

<sup>22</sup> *Keynes*, A Treatise on Probability, 64 f. Dazu *Gillies*, Philosophical Theories of Probability, 45.

<sup>23</sup> *Gillies*, Philosophical Theories of Probability, 45.

<sup>24</sup> Das Beispiel ist entnommen aus *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 71 und stammt im Original von *Fraanssen*.

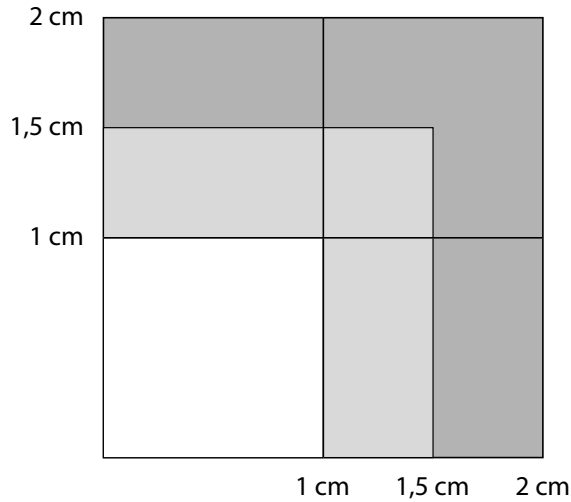


Abbildung 9: Indifferenzprinzip nach Kantenlänge und Flächeninhalt.

Die Kacheln haben also eine Fläche zwischen 1 und 4 cm<sup>2</sup>. Auch jeder Flächeninhalt in dieser Spanne ist denkbar. Man kann nun fragen, wie hoch man ohne weitere Evidenz die Wahrscheinlichkeit einschätzen muss, dass eine von dieser Fabrik hergestellte Kachel eine Kantenlänge von unter 1,5 cm hat. Die Antwort unter Anwendung des Indifferenzprinzips auf die Information der Kantenlänge wäre:  $\frac{1}{2}$ .

Man kann aber auch die zur ersten äquivalente Frage stellen, wie wahrscheinlich es ist, dass eine Kachel einen Flächeninhalt von weniger als 2,25 cm<sup>2</sup> hat. Die zweite Frage ist zur ersten äquivalent, weil eine Kachel mit einer Kantenlänge von 1,5 cm einen Flächeninhalt von 2,25 cm<sup>2</sup> hat. Beide Fragen bedeuten also: Wie wahrscheinlich ist es, dass eine Kachel kleiner ist als eine Kachel mit einer Kantenlänge von 1,5 cm und einem Flächeninhalt von 2,25 cm<sup>2</sup>? Unter Anwendung des Indifferenzprinzips auf den Flächeninhalt kommt man aber zu einer anderen Antwort auf die inhaltsgleiche Frage: Die Wahrscheinlichkeit, dass die Kachel einen kleineren Flächeninhalt hat als 2,25 cm<sup>2</sup>, beträgt nach dem Indifferenzprinzip, soweit keine weitere Evidenz verfügbar ist,  $\frac{5}{12}$ , wie sich leicht am Vergleich der dunkelgrauen mit der hellgrauen Fläche in der Graphik erkennen lässt. Die Wahrscheinlichkeit bei Indifferenzbetrachtung des Flächeninhalts ist damit kleiner als  $\frac{1}{2}$ .

Keynes hatte noch versucht zu behaupten, man würde in solchen Fällen weitgehend intuitiv richtig bestimmen, welches die richtige Wahrscheinlichkeit sei. Wahrscheinlichkeiten ließen sich ebenso intuitiv oder direkt erspüren, wie deduktiv-logische Schlüsse auch unmittelbar einleuchten.<sup>25</sup> Die Behauptung eines intuitiven Zugangs zu Wahrscheinlichkeiten ist allerdings auf breite Ablehnung

<sup>25</sup> Keynes, A Treatise on Probability, z. B. 13, 15, 17, 56, 76.

gestoßen. *Gillies*<sup>26</sup> stellt im Anschluss an *Ramsey*<sup>27</sup> in Abrede, dass Gefühle mit der induktiven Stärke variierten. Im Gegenteil würden starke Wahrscheinlichkeiten aufgrund ihrer Alltäglichkeit besonders wenig empfunden. Wenn er ein Brot schneide, so *Gillies*, habe er eine besonders starke Erwartung, dass es ihn nähren und nicht vergiften werde. Dennoch empfinde er diese Überzeugung sehr schwach, weil der Vorgang einfach so alltäglich sei.<sup>28</sup> Mir scheint diese Begründung zu polemisch. Einleuchtend erscheint mir dagegen, dass der verbreitete Dissens über die Einschätzung von Evidenz, auch zwischen Menschen mit gleichen Interessen, nahelegt, dass wir nicht über einen Wahrscheinlichkeitswahrnehmungssinn verfügen, der uns unmittelbare Einsicht in die eindeutige Beziehung zwischen Evidenz und Überzeugung erlaubte.<sup>29</sup>

Ein Indifferenzprinzip, das nur in einer Teilklasse von relevanten Fällen zuverlässige Ergebnisse generiert, kann schwerlich als logisches Prinzip etabliert werden. Im Ergebnis steht damit fest, dass das Indifferenzprinzip kein allgemeingültiges, logisches Prinzip ist und deshalb auch die logische Interpretation der Wahrscheinlichkeiten nicht stützen kann.<sup>30</sup> Vielmehr ist es eine subjektive Entscheidung, wie die Welt in Hypothesen zu zerlegen ist, so dass auch die Wahrscheinlichkeitseinschätzung letztlich ein subjektives Urteil ist<sup>31</sup> – darauf werden wir beim Problem der Referenzklassen zurückkommen. Entsprechend gibt es keine allgemeinverbindlichen, eindeutigen und intersubjektiv gültigen Kriterien zur Bestimmung von Anfangswahrscheinlichkeiten und Likelihoods.

##### 5. *Wahrscheinlichkeiten gewähren keine sichere Verbindung zur Realität*

Subjektive Wahrscheinlichkeiten gewährleisten daher nur Kohärenz und gerade vor Gericht mangels Aussicht auf Konvergenz keine sichere Verbindung zur Realität. Eine eindeutige Verbindung zwischen Evidenz und Überzeugung im Sinne von logischen Wahrscheinlichkeiten ist nicht in Sicht.<sup>32</sup> Daher stellt sich die Frage, wie das Recht gewährleisten kann, dass die Überzeugungen von Richtern nahe an der Realität liegen. Sie wird in den verbleibenden Abschnitten dieses Kapitels beantwortet.

<sup>26</sup> *Gillies*, *Philosophical Theories of Probability*, 51.

<sup>27</sup> *Ramsey*, in: Braithwaite (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, 156–198, 161–162.

<sup>28</sup> *Gillies*, *Philosophical Theories of Probability*, 52.

<sup>29</sup> *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 67.

<sup>30</sup> *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 89.

<sup>31</sup> *Finetti*, *Theory of probability*, 169.

<sup>32</sup> Vgl. aber *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 72.

## II. Erfahrungssätzen und der Zugang zur Realität

Gemäß § 286 ZPO kann der Richter seine Überzeugungen nicht nach Gutdünken setzen. Auf der Grundlage des in § 286 ZPO niedergelegten Begründungserfordernisses soll die freie Überzeugung als „conviction raisonnée“ begrifflich objektiviert werden, so dass nicht nur verlangt wird, dass der Richter seine Überzeugung im Einklang mit Denkgesetzen bildet, sondern man bindet den Richter auch an anerkannte Erfahrungssätze.<sup>33</sup> „Erfahrungssätze binden die Überzeugung des Richters an die Wirklichkeit.“<sup>34</sup> Wie kann die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten diese Bindung an Erfahrungssätze – und damit an die Realität – abbilden, wenn subjektive Wahrscheinlichkeiten keine sichere Verbindung zur Realität gewährleisten?

Allgemein anerkannte Erfahrungssätze sind selbst Wahrscheinlichkeitsaussagen über die Realität. Sie entsprechen im bayesianischen Modell verbindlichen Anfangswahrscheinlichkeiten. Hier ist das Recht nicht an ebenso stramme Fesseln gebunden wie die Philosophie. Das Recht bedarf nicht notwendig eines *eindeutigen* Zugangs zur Realität, sondern es kann sich mit diffusen Zugängen zufriedengeben und versuchen, die Unschärfe zu minimieren. Etwaige verbleibende Unsicherheit können Gerichte als staatliche Institutionen durch Hierarchie und Zuständigkeitsregeln lösen und sind daher nicht auf gleiche Weise auf die Eindeutigkeit argumentativer Schlüsse angewiesen wie die Philosophie.

Die Literatur spricht denn auch von „anerkannten“ Erfahrungssätzen. Sie macht also nicht den Gehalt selbst, sondern die Haltung der – wie auch immer zu bestimmenden – Allgemeinheit oder eines berufenen Teils derselben (Berufsgruppen, die Wissenschaft, höhere Gerichte) zum Kriterium für die Beachtlichkeit der Erfahrungssätze. Weil diese Erfahrungssätze nicht logisch zwingende Anfangswahrscheinlichkeiten liefern, entsteht in Parallelität zur Argumentation gegen das Indifferenzprinzip die Möglichkeit konfligierender Anfangswahrscheinlichkeiten, sei es durch unterschiedliche Meinungen über den Inhalt des relevanten Erfahrungssatzes, sei es durch in Konflikt stehende Erfahrungssätze selbst. Diese Vieldeutigkeiten disqualifizieren ein Prinzip als logisches. Für das Recht sind sie Alltagsgeschäft. Das Recht löst diese Vieldeutigkeit durch das letzte Wort des höchsten zuständigen Gerichts auf. Wie noch zu zeigen sein wird, werden die „höchsten zuständigen Gerichte“ im Falle einfacher Erfahrungssätze die Tatgerichte selbst, im Fall von Erfahrungssätzen, die den Anscheinsbeweis begründen, die zuständigen Revisionsgerichte sein.

Gerichtsentscheidungen sind zu begründen. Hierarchie liefert keine Begründung. Aber anders als logische Schlüsse müssen Gerichtsentscheidungen nicht zwingend, sondern nur überzeugend begründet sein. Dazu sind allerdings auch

<sup>33</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 11.

<sup>34</sup> Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 370.

Maßstäbe erforderlich. Die Begründungen von Erfahrungssätzen werden leider meist nur in den Fällen des Anscheinsbeweises klar offengelegt. Das liegt daran, dass die Feststellung von Erfahrungssätzen nur in den Fällen des Anscheinsbeweises revisibel ist. Deshalb kommt es nur in diesen Fällen zu einem offenen, in den Urteilsbegründungen fixierten Rechtsgespräch zwischen Tat- und Revisionsinstanz. Das ändert aber nichts daran, dass Gerichte auch außerhalb des Anwendungsgebiets des Anscheinsbeweises ihre Beweiswürdigung notwendig auf Erfahrungssätze stützen, die zu begründen sind. Weil keine *eindeutige* Beziehung zwischen Realität und subjektiven Wahrscheinlichkeiten besteht, lassen sich Erfahrungssätze nicht zwingend begründen. Möglich ist aber eine Plausibilisierung. Doch auch dieser pragmatische Umgang mit der Realität hält allgemeingültige Maßstäbe zur Rechtfertigung von Anfangswahrscheinlichkeiten bereit.

### III. Häufigkeiten als Orientierung

Die wichtigste Rechtfertigung von Anfangswahrscheinlichkeiten, die im Zusammenhang mit der subjektiven Interpretation von Wahrscheinlichkeiten diskutiert wird, ist das sogenannte Principal Principle, das auch „Frequency Principle“ oder „Chances as Evidence Principle“ genannt wird. Nach ihm ist es rational, die persönliche Überzeugung auf objektive Wahrscheinlichkeiten zu stützen (zu objektiven Wahrscheinlichkeiten § 5 III. 1., zu Inhalt und Rechtfertigung des Prinzips § 5 III. 2.).

#### 1. Objektive Wahrscheinlichkeiten

Wie hängen Häufigkeiten und Wahrscheinlichkeit zusammen? Nach dem objektiven Begriff der Wahrscheinlichkeit besteht Identität. Wahrscheinlichkeit ist die relative Häufigkeit eines allgemein beschriebenen Ereignisses in einer Serie gleichartiger, voneinander unabhängiger Zufallsereignisse bei unendlicher Fortsetzung der Serie.<sup>35</sup> Wahrscheinlichkeiten sind dann objektiv in dem Sinne, dass sie ein Gegenstand in der physischen Welt sind. Sie sind real. Sie lassen sich messen und falsifizieren.<sup>36</sup>

Objektive Wahrscheinlichkeit ist also zuallererst relative Häufigkeit.<sup>37</sup> Diese relative Häufigkeit ist in der objektiven Interpretation des Wahrscheinlichkeitsbegriffs definiert in Bezug auf eine ihrerseits durch bestimmte Merkmale definierte Referenzklasse.<sup>38</sup> Eine solche relative Häufigkeit des Ereignisses hätte

<sup>35</sup> Galavotti, *Philosophical introduction to probability*, 83.

<sup>36</sup> Gillies, *Philosophical Theories of Probability*, 79 ff.

<sup>37</sup> Mellor, *Probability: A Philosophical Introduction*, 33.

<sup>38</sup> Gillies, *Philosophical Theories of Probability*, 83; Mellor, *Probability: A Philosophical Introduction*, 34.

also die Form „ $\frac{m}{n}$ “, wenn „ $m$ “ beschreibt, wie häufig das betreffende Ereignis unter den „ $n$ “ Versuchen der Referenzklasse beobachtet wurde: Relative Häufigkeit ist der Anteil eines Typs Ereignisses an der Gesamtmenge aller Ereignisse der Referenzklasse.

Doch nicht jede relative Häufigkeit in einer Referenzklasse ist eine Wahrscheinlichkeit. Wenn in einer Vase 40 blaue und 60 rote Kugeln sind und weiter nichts passiert, würde niemand von Wahrscheinlichkeiten sprechen, sondern allenfalls von einem statischen Zahlenverhältnis der Kugeln. Wahrscheinlichkeiten werden aus den Kugeln in der paradigmatischen Vase erst durch die Herbeiführung von Zufallsereignissen, indem aus den gut gemischten Kugeln wiederholt blind eine Kugel gezogen, bestimmt und nach jedem Zug unter erneutem Mischen zurück in die Vase gegeben wird. Aber was macht ein Zufallsereignis aus? Einige Anerkennung hat die Definition von Unabhängigkeit erhalten, die *von Mises* geprägt hat: Nach dieser zeichnet sich der Zufall dadurch aus, dass es keine Regel gibt, die in der Serie aus Ereignissen Stellen identifiziert, durch deren Herausnahme sich die relative Häufigkeit  $\frac{m}{n}$  in der Serie ändert und wenn zugleich jede Serie, die durch die herausgenommenen Elemente der Serie gebildet wird, im Grenzwert wieder eine Häufigkeit von  $\frac{m}{n}$  aufweist.<sup>39</sup> Bildhaft nennt man diese Zufallsdefinition im Anschluss an *von Mises* die „Unmöglichkeit des Spielsystems“.<sup>40</sup> Ein Spielsystem ist unmöglich, wenn ein Spieler, der zu fairen Wetten auf Stellen der Serie wettete – wie etwa auf den nächsten Würfelwurf, das übernächste Ergebnis des Roulette-Rads oder auch die Kugel, die nach einer blauen aus der paradigmatischen Vase gezogen wird –, sich keine Regel ausdenken kann, wie er aus den vergangenen Ereignissen der Serie auf das nächste schließen und so zu Lasten der Bank Gewinne machen kann. Diese Definition des Zufalls ist im Einzelnen umstritten, aber sie fasst den Kern des Zufalls doch gut, indem sie die Unabhängigkeit der Ereignisse voneinander betont.

Warum muss nun die Serie, in der die relative Häufigkeit des Ereignisses bestimmt wird, unendlich sein? Ist die Serie (zu) kurz, ist die Wahrscheinlichkeit sehr groß, dass das Verhältnis der aus der Vase mit 40 blauen und 60 roten Kugeln unter Zurücklegen gezogenen blauen Kugeln erheblich von 40 % aller gezogenen Kugeln abweicht. Je länger die Serie wird, desto wahrscheinlicher wird es, dass der Anteil der blauen Kugeln an den gezogenen genau dem Anteil der blauen Kugeln in der Vase entspricht. Das ist das Gesetz der großen Zahl.<sup>41</sup> Für alle endlichen Serien kann das Verhältnis  $\frac{m}{n}$  aber prinzipiell jeden Wert annehmen. Endliche Serien erlauben daher keine präzise Definition der Wahrscheinlichkeit. Nur im Grenzwert, wenn die Serie gegen unendlich strebt, hat  $\frac{m}{n}$  einen

<sup>39</sup> Gillies, *Philosophical Theories of Probability*, 82; *Hacking*, *An introduction to probability and inductive logic*, 25; *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 43.

<sup>40</sup> Gillies, *Philosophical Theories of Probability*, 82; *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 43.

<sup>41</sup> *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 13, 72.

eindeutig definierten Wert. Deswegen wird die objektive Wahrscheinlichkeit in ihrer frequentistischen Spielart als Limes der relativen Häufigkeit eines Ereignisses in einer unendlichen Serie definiert.<sup>42</sup> Die auf *Popper* zurückgehende Propensity-Interpretation der objektiven Wahrscheinlichkeit löst das Problem, dass die Wahrscheinlichkeit als Häufigkeit in einer endlichen Serie nicht eindeutig definiert ist, indem sie den Blick auf den die Serie generierenden Mechanismus legt und ihm die Qualität zumisst, Serien mit einer bestimmten relativen Häufigkeitsverteilung zu generieren.<sup>43</sup> Aus alledem ergibt sich schließlich, dass objektive Wahrscheinlichkeiten, weil sie Häufigkeiten sind, für den Einzelfall nicht definiert sind, sondern nur für die (unendliche) Serie oder den sie produzierenden Mechanismus.<sup>44</sup> Ein einzelner Fall weist eben keine – und schon gar keine *relative* – Häufigkeit auf. Man kann daher nicht darüber sprechen, wie objektiv wahrscheinlich es ist, dass es morgen regnet, dass ein bestimmter Mensch im nächsten Jahr stirbt, dass der nächste Münzwurf Kopf zeigt.

## 2. *Das Principal Principle*

Das Principal Principle soll nun objektive Wahrscheinlichkeiten, die zur Realität gehören, und subjektive Wahrscheinlichkeiten, die den Überzeugungsgrad eines Akteurs beschreiben, verbinden.<sup>45</sup> Ganz genau genommen, verknüpft es die Überzeugungsgrade eines Akteurs mit den Überzeugungen, die derselbe Akteur über bestimmte Häufigkeiten hat.<sup>46</sup> Und es bleibt letztlich eine Frage des subjektiven Urteils, welche Häufigkeit für die betreffende Überzeugung als entscheidend angesehen wird.<sup>47</sup> Aber in bestimmten Kontexten ist es schwer, bestimmte Häufigkeiten nicht für erheblich zu halten. Wer auf eine Münze wet-

<sup>42</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 76, 89; *Gillies*, Philosophical Theories of Probability, 83; *Mellor*, Probability: A Philosophical Introduction, 44.

<sup>43</sup> *Gillies*, Philosophical Theories of Probability, 95 f.

<sup>44</sup> *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 133; *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 83, 90, 93 ff.; *Gillies*, Philosophical Theories of Probability, 84.

Anders wiederum die Propensity-Interpretation in ihrer ursprünglichen Formulierung durch *Popper*. *Popper* hielt eine Aussage über eine objektive Wahrscheinlichkeit eines Einzelfalls in dem Sinne für sinnvoll, dass er sie letztlich als Aussage über den Mechanismus interpretierte, der das Einzelereignis hervorbringen könnte. Das Problem ist allerdings, dass auch *Popper* meinte, die Aussage über den Mechanismus müsse falsifizierbar sein. Falsifizieren lässt sich die Wahrscheinlichkeitsaussage über den Mechanismus aber wieder nur in einer langen Serie von Ereignissen und der Beschreibung ihrer Häufigkeitsverteilung. Damit ist sie aber eben keine Aussage über den Einzelfall. Die Forderung einer objektiven Einzelfallwahrscheinlichkeit hat sich wohl auch unter den Vertretern der Propensity-Interpretation nicht durchgesetzt, vgl. *Gillies*, Philosophical Theories of Probability, 103 f.

<sup>45</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 96; *Hacking*, An introduction to probability and inductive logic, 137; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 351–352; *Skyrmes*, Choice and Chance, 147.

<sup>46</sup> *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 128.

<sup>47</sup> *Jeffrey*, Subjective Probability, 20.

tet, sollte sich für die Häufigkeit interessieren, mit der sie Kopf zeigt. So kann das Principal Principle der subjektiven Wahrscheinlichkeit einen Zugang zur Realität eröffnen. Man kann fordern, dass man objektive Wahrscheinlichkeiten im Sinne des Limes einer (hypothetischen) unendlichen Serie von Ereignissen als Anfangswahrscheinlichkeiten behandelt, soweit man sie kennt.<sup>48</sup> Aber warum sollten sich subjektive Anfangswahrscheinlichkeiten überhaupt am Wissen über objektive Wahrscheinlichkeiten orientieren?

Das Principal Principle ist die Kehrseite des hier in Anlehnung an *de Finetti* vertretenen Auslesens von subjektiven Wahrscheinlichkeiten durch den Abgleich der betreffenden Überzeugung mit der Überzeugung, eine Kugel bestimmter Farbe aus einer Urne mit bestimmter Befüllung zu ziehen. Im Urnenbeispiel weiß man, wie hoch die objektive Wahrscheinlichkeit liegt, und man nutzt dieses Wissen über eine Häufigkeit als Maß für andere Überzeugungen. Darin ist schon impliziert, man solle, wenn man die objektive Wahrscheinlichkeit kennt, diese zur Überzeugung machen. Die Orientierung von Überzeugungen an bekannten objektiven Wahrscheinlichkeiten ist auch intuitiv überzeugend. Wenn A und B beide wissen, dass sich in einer Vase 60 rote und 40 blaue Kugeln befinden und miteinander um eine Wettbörse von 10 Euro darauf wetten, dass die nächste gezogene Kugel rot sein wird, indem A die Wettquote<sup>49</sup> wählt und B entscheidet, auf welcher Seite der Wette er zu dieser Quote stehen will, wäre es ganz natürlich, dass A die Quote  $\frac{m}{n} = \frac{60}{40+60} = \frac{60}{100}$  wählte. B wäre dann indifferent, ob er 6 Euro auf Rot oder 4 Euro auf Blau setzen will. Beide werden also ganz automatisch eine Überzeugung von 60 % für den Zug einer roten Kugel haben.<sup>50</sup> Alles andere käme uns wunderlich vor.

Jedoch kann man das Principal Principle ausdrücklich und über den bloßen Appell an die Intuition hinausgehend rechtfertigen: Wer seine Überzeugungen an den objektiven Wahrscheinlichkeiten orientiert, wird langfristig besser dastehen als jemand, der seine Überzeugungen abweichend von den objektiven Wahrscheinlichkeiten bestimmt.<sup>51</sup> Das lässt sich leicht am soeben eingeführ-

<sup>48</sup> *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 128; *Galavotti*, *Philosophical introduction to probability*, 96; *Hacking*, *An introduction to probability and inductive logic*, 137; *Hájek*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 3.3.4; *Kotzen*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, 625–644, 629, 632; *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 86; *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 351–352; *Skyrmes*, *Choice and Chance*, 147.

<sup>49</sup> Die Wettquote beschreibt den Einsatz geteilt durch den möglichen Gewinn und misst die subjektive Wahrscheinlichkeit, vgl. vorn § 3 II.3.c)bb). Die Wettquote wird angegeben mit N, dem Preis der Wette geteilt durch N + M (die Wettbörse). Wer auf das Erscheinen einer roten Kugel wettete, müsste also N bezahlen und erhielte im Erfolgsfall N + M. Wer gegen das Erscheinen einer roten Kugel wettete, müsste M bezahlen und erhielte im Erfolgsfall ebenfalls die ganze Wettbörse in Höhe von N + M.

<sup>50</sup> *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 128; *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 105–106.

<sup>51</sup> *Bradley*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 131.



ten Wettbeispiel erkennen. Wenn A seine Überzeugungen abweichend von den Häufigkeiten bildet und etwa eine Wettquote von  $\frac{50}{100}$  wählt, wird B auf Rot setzen und sich freuen, dass er dafür nur 5 Euro gegen 5 Euro setzen muss. Wird diese Wette unendlich oft gespielt – denn wer seine Überzeugungen an objektiven Wahrscheinlichkeiten ausrichtet, soll ja *langfristig* besser dastehen –, werden beide Parteien aufgrund des Gesetzes der großen Zahl pro Spiel ihren Erwartungswert gewinnen. Der beträgt für B, der 5 Euro für einen Erwartungswert von 6 Euro bezahlt, 1 Euro und für A, der 5 Euro für einen Erwartungswert von 4 Euro bezahlt, –1 Euro. A, der seine Überzeugungen nicht an den objektiven Wahrscheinlichkeiten orientiert hat, steht schlechter da.

Ganz Ähnliches scheint auch für Gerichtsurteile zu gelten. Dort wird zwar nicht gewettet, aber es werden Fehler gemacht: Es werden Tatsachenbehauptungen als zutreffend unterstellt, die nicht zutreffen und es werden zutreffende Tatsachenbehauptungen für unzutreffend gehalten. Nehmen wir zunächst vereinfachend an, der Gesetzgeber wolle Fehlentscheidungen minimieren und habe daher das Beweismaß auf 50 % gelegt. Gibt es nun eine Tatsachenbehauptung über einen sich unendlich wiederholenden gleichartigen Sachverhalt, und wiederholen sich auch die Gerichtsentscheidungen über Sachverhalte dieser Art unendlich oft, werden die Gerichte mehr Fehlentscheidungen treffen, wenn sie einer Behauptung, die eine objektive Wahrscheinlichkeit von 40 % hat, statt sie für unbewiesen zu halten, eine Überzeugung von 60 % zumessen und sie für bewiesen halten. Wenn die Gerichte sich an den objektiven Wahrscheinlichkeiten orientieren, lägen sie in 40 % der Fälle falsch. Wenn sie eine Überzeugung von 60 % zuschrieben, lägen sie in 60 % der Fälle falsch.

Bei einem hohen Beweismaß will der Gesetzgeber zwar offensichtlich nicht die Fehlerhäufigkeit minimieren, aber er will dem Kläger ein höheres Risiko aufbürden als dem Beklagten. Im vom Gesetzgeber anvisierten Umfang gelingt das nur, wenn die Richter sich an objektiven Wahrscheinlichkeiten orientieren und das Risiko des Klägers oder des Beklagten nicht dadurch eigenmächtig vergrößern oder verkleinern, dass sie ihre Überzeugungen abweichend von objektiven Wahrscheinlichkeiten wählen. Eine Steuerung des Beweisrisikos ist also für den Gesetzgeber nur möglich, wenn die Richter ihre Anfangswahrscheinlichkeiten an Häufigkeiten orientieren.

Drei offensichtlichen Einwänden ist jedoch zu begegnen. Erstens behandeln Gerichte nicht unendlich oft wiederholt vollkommen gleichartige Fälle (dazu sogleich). Zweitens kennen Gerichte objektive Wahrscheinlichkeiten im Sinn des Limes einer unendlichen Reihe wiederholter Zufallsereignisse nicht (dazu sodann § 5 IV.) und drittens gibt es weder eine objektive Wahrscheinlichkeit des Einzelfalls, noch sind alle Ereignisse Teil von Zufallsreihen (dazu § 5 V.).

Vor Gericht werden gleichartige Entscheidungen nicht unendlich oft wiederholt. Bisher wurde nur gezeigt, dass man langfristig seine Fehler minimieren und seine Position verbessern kann, indem man seine Überzeugungen an ob-

jektiven Wahrscheinlichkeiten orientiert. Gilt das auch für die kurze Sicht, etwa (für) die nächste Entscheidung? Hierfür gibt es drei Argumente, die letztlich nicht zwingend, aber doch überzeugend sind.

Erstens muss man die Betrachtung nicht auf gleichartige Fälle beschränken. Man kann auch eine unendliche Reihe verschiedenartiger Zufallsereignisse betrachten und immer noch würde gelten, dass derjenige, der seine Überzeugungen an den ihm bekannten objektiven Wahrscheinlichkeiten orientiert, besser dran ist. Er träge über die verschiedenen Entscheidungen weniger Fehlentscheidungen.<sup>52</sup> Das bringt uns aber noch nicht zu einer unendlich oft wiederholten Entscheidung. Unser Leben ist endlich. Also ist es auch die Anzahl unserer Entscheidungen. Und nichts anderes gilt für Richter. Aber über den Verlauf unseres Lebens treffen wir unübersehbar viele Entscheidungen. Auch das gilt für Richter. Die Anzahl der Entscheidungen der Justiz als Institution jedoch übertrifft die eines Richters noch um Größenordnungen. Wenn also auch die Entscheidungen der Justiz keine unendliche Reihe darstellen sollten, ist die Reihe doch sehr lang und das Gesetz der großen Zahl sollte Anwendung finden. Für den hier verfolgten pragmatischen Ansatz läge die Rechtfertigung des *Principal Principles* also tatsächlich darin, dass das Gerichtssystem insgesamt weniger Fehlentscheidungen treffen bzw. genauer gesagt, das Risiko des fehlgeschlagenen Beweises so wie vom Gesetzgeber gewollt verteilen würde, wenn seine Richter ihre Anfangswahrscheinlichkeiten an objektiven Wahrscheinlichkeiten orientierten.

Zweitens und eng verwandt mit dem ersten Argument kann man zeigen, dass die Beachtung des *Principal Principles* die Distanz zwischen den eigenen Überzeugungen und der Realität minimiert.<sup>53</sup> Dieses Argument ist eine Fortentwicklung des Arguments von *Joyce* für die Beachtung der Wahrscheinlichkeitsaxiome. Es ist deswegen mit dem soeben genannten Argument eng verwandt, weil das Maß für die Distanz zwischen der Wahrheit und den Überzeugungen eine Verfeinerung der Fehlerhäufigkeit ist. Während es im ersten Argument im Wesentlichen darauf ankommt, ob überhaupt ein Fehler gemacht wurde, wird nun auch darauf Rücksicht genommen, wie groß der Fehler war: Wie weit war die Überzeugung von 1 entfernt, wenn das betreffende Ereignis tatsächlich eingetreten ist? Das Argument hat aber eine eigenständige Bedeutung. Die Argumente von *Joyce* begründen die Geltung der Wahrscheinlichkeitsaxiome als epistemische Norm rein epistemisch. Ebenso begründet *Pettigrew* mit seinem Distanzargument das *Principal Principle* rein epistemisch, indem er zeigt, dass das *Principal Principle* ein Mittel zur Wahrheit ist. Wenn, wie hier vertreten, die materielle Wahrheit ein Ziel des Prozesses ist, hat ein solches, epistemisches Argument unmittelbare Überzeugungskraft im Bereich des Beweisrechts.

<sup>52</sup> *Friedman/Baker/Mellers* u. a., *International Studies Quarterly* 2018, 410–422.

<sup>53</sup> *Pettigrew*, *Episteme* 2013, 19–35.

Drittens kann man schließlich argumentieren, dass sich das Argument für die Beachtung der objektiven Wahrscheinlichkeiten bei der Überzeugungsbildung auf die kurze Frist übertragen lässt, indem man sich für verpflichtet hält, für jedes gleichartige Ereignis in einer unendlich oft wiederholten Reihe dieselbe Wahrscheinlichkeit zu wählen. Eine solche, wenn auch nur heuristisch gültige Begründung, liefert das Indifferenzprinzip. Es gibt keinen Grund, über verschiedene Ereignisse einer Reihe von gleichartigen Zufallsereignissen unterschiedliche Überzeugungen zu haben.<sup>54</sup> Das Indifferenzprinzip wurde hier als logisches Prinzip abgelehnt, insofern ist das Prinzip nicht logisch zwingend. Aber im Vorgriff auf § 5 VI. kann schon hier angedeutet werden: Die Ablehnung als logisches Prinzip bedeutet nicht die Ablehnung als Heuristik. Insofern ist auch dieses dritte Argument überzeugend.

Im Ergebnis sollten rationale Entscheider ihre Überzeugungen, dort wo sie die objektiven Wahrscheinlichkeiten kennen, an diesen orientieren.<sup>55</sup> Weil in dieser Arbeit der Richter als rationaler Entscheider modelliert wird, gilt das auch für Richter.

#### IV. Die Straight Rule anstelle des Principal Principles

Die vom Principal Principle geforderte Übersetzung von bekannten Häufigkeiten in Überzeugungen findet sich in der juristischen Literatur – wenn auch nicht als solche benannt – geradezu als die paradigmatische Begründung von Erfahrungssätzen. Zum Teil wird gar behauptet, sie liefere die einzige zulässige Begründung für Erfahrungssätze, die stark genug sind, den Anscheinsbeweis zu tragen (dazu § 5 IV.1.) Leider ist diese Orientierung an Häufigkeiten in der Praxis viel komplizierter, als man denken sollte. Spätestens hier wird erkennbar problematisch, dass man typischerweise keinen Zugriff auf objektive Wahrscheinlichkeiten im Sinne des Grenzwerts einer unendlichen Reihe hat, sondern allenfalls Häufigkeiten aus der endlichen Zahl vergangener Fälle kennt. Aus ihnen kann man objektive Wahrscheinlichkeiten allenfalls schätzen, so dass man unterschiedlich starke subjektive Überzeugungen über objektive Wahrscheinlichkeiten hält. Nach der Straight Rule<sup>56</sup>, die sozusagen die praktische Variante des Principal Principles darstellt, soll man in dieser Art aus der historischen Häufigkeit auf Anfangswahrscheinlichkeiten schließen (dazu § 5 IV.2.). Dazu kommt aber das Problem, dass objektive Wahrscheinlichkeiten ohne Referenzklasse nicht definiert sind. Für die Entscheidung, welche historischen Fälle in die Referenzklasse gehören und welche nicht, scheint es erneut eher Anhaltspunkte als klare Kriterien zu geben (zu ihnen unter § 5 IV.3.).

<sup>54</sup> Bradley, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 132.

<sup>55</sup> Bradley, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, 140.

<sup>56</sup> Mellor, *Probability: A Philosophical Introduction*, 129.

### 1. Die Identifikation von Häufigkeiten und Erfahrungssätzen in der juristischen Literatur

In der juristischen Dogmatik ist der Schluss von Häufigkeiten auf Überzeugungen vollständig akzeptiert. Er ist der Kern des Anscheinsbeweises. Per Erfahrungssatz, der eine durch bestimmte Merkmale definierte Referenzklasse mit der Häufigkeit einer Tatsache verknüpft, bildet sich der Richter eine hohe Überzeugung über die Wahrheit einer konkreten Tatsachenbehauptung. Erfahrungssätze spielen in der Beweiswürdigung überall und nicht nur im Anscheinsbeweis eine überragende Rolle. Sie bestimmen, im hier verwendeten Modell gesprochen, die Anfangswahrscheinlichkeit, die ein Richter einer Tatsachenbehauptung zumisst, und den Beweiswert von Beweismitteln (die Likelihoods). Erfahrungssätze werden aber meist nur bei der Anwendung des Anscheinsbeweises ausdrücklich benannt, so dass sich die juristische Dogmatik zu Erfahrungssätzen vor allem am Anscheinsbeweis herausgebildet hat.

Wenn man im folgenden Zitat „Wahrscheinlichkeiten“ als objektive Wahrscheinlichkeiten interpretiert, sagt der BGH unter Zustimmung der Kommentarliteratur, dass er im Anscheinsbeweis das Principal Principle unter Zugrundelegung einer aus historischen Fällen *geschätzten* objektiven Wahrscheinlichkeit anwendet: Der Anscheinsbeweis „beruht [...] auf der Auswertung von Wahrscheinlichkeiten, die aufgrund der Lebenserfahrung anzunehmen sind“.<sup>57</sup> Genau so ist die Straight Rule definiert.

Ein Gericht kann das Principal Principle nicht direkt anwenden. Das Gericht kann nicht sein Wissen um eine objektive Wahrscheinlichkeit im Sinne eines Limes einer Verteilung von Ergebnissen unendlich oft wiederholter Zufallsereignisse zur Grundlage seiner Entscheidung machen. Dieses Wissen um objektive Wahrscheinlichkeiten dürfte dem Gericht praktisch immer fehlen. Deswegen schätzt das Gericht ganz im Sinne *Ramseys*<sup>58</sup> aus relativen Häufigkeiten ( $\frac{m}{n}$ ) aus historischen Erfahrungen die unbekannte objektive Wahrscheinlichkeit.

Die Form des Schlusses aus einem Erfahrungssatz macht dies deutlich. Ein Erfahrungssatz hat eine Wenn- und eine Dann-Komponente. *Wenn* es zu einem Auffahrunfall kommt, *dann* liegt in der Regel (das heißt häufig) ein Verschulden des Auffahrenden vor.<sup>59</sup> Die Wenn-Komponente definiert die Referenzklasse (Auffahrunfälle). Die Dann-Komponente behauptet, dass die behauptete Tatsache (Verschulden) in der Referenzklasse (d. h. relativ zu ihr) häufig ist. Die Dann-Komponente behauptet also:  $\frac{m}{n} = \frac{\text{Anzahl schuldhaft Auffahrender}}{\text{Anzahl aller Auffahrenden}}$  ist groß! Diese relati-

<sup>57</sup> BGH NJW-RR 1988, 789, 790; *Geipel*, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, 1–7, 1; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn. 10; *Kollhosser*, AcP 1965, 46–83, 53; *Saenger-ZPO/Saenger*, § 286 ZPO Rn. 42.

<sup>58</sup> *Hájek*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, unter 3.3.4.

<sup>59</sup> *Stein/Jonas-ZPO/Thole*, § 286 ZPO Rn. 234.

ve große Häufigkeit tritt als Schätzung an die Stelle der unbekanntenen objektiven Wahrscheinlichkeit. Durch Subsumtion des zu entscheidenden Falls unter die Wenn-Komponente des Erfahrungssatzes wird der Sachverhalt als Mitglied dieser Referenzklasse identifiziert. Das rechtfertigt die Übernahme der geschätzten objektiven Wahrscheinlichkeit als anfängliche Überzeugung von der Wahrheit der streitigen Tatsachenbehauptung im zu entscheidenden Fall.

Obwohl die Beschreibung der Voraussetzung des Anscheinsbeweises begrifflich leider nicht immer scharf ist, lässt sich in der Literatur gut belegen, dass sich beim Schluss aus Erfahrungssätzen die Überzeugung an historischen Häufigkeiten ausrichtet.

Ganz ausdrücklich schließt der BGH im Rahmen des Anscheinsbeweises von einer Häufigkeit auf eine Überzeugung: Die behauptete Tatsache „muss so häufig<sup>60</sup> vorkommen, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist.“<sup>61</sup> Deutlich zeigt auch die Formel von *Prütting* zur Klassifizierung der anscheinsbeweistauglichen Erfahrungssätze den Bezug zur Häufigkeit an: Er schreibt, anscheinsbeweistaugliche Erfahrungssätze, die er „Erfahrungsgrundsätze“ nennt, ließen sich dadurch kennzeichnen, dass sie ihre Aussage in „wenn, dann meist“ formulierten.<sup>62</sup>

Rechtsprechung und Literatur beschreiben die Häufigkeit der behaupteten Tatsache in der Referenzklasse aber zumeist verschleiern als Gleichförmigkeit des Geschehens. Sie fordern einen in diesem Sinne „typischen Geschehensablauf“:<sup>63</sup> Der weise „nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache hin [...] und [trage] so sehr das Gepräge des Gewöhnlichen und Üblichen [...], dass die besonderen individuellen Umstände in ihrer Bedeutung zurücktreten.“<sup>64</sup> Zum Teil wird dem „Üblichen und Gewöhnlichen“ noch das „Regelmäßige und Häufige“ hinzugesetzt.<sup>65</sup> Die Vorgänge der Referenzklasse sollen in

<sup>60</sup> Schöner wäre es gewesen, der BGH hätte klargestellt, dass nicht absolut häufig gemeint ist, sondern es genügt, wenn die Tatsache in der Referenzklasse, d. h. relativ häufig ist.

<sup>61</sup> *Galle*, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2016, 214–220, 214 zitiert BGH NJW 2010, 1072, 1073; *Geipel*, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, 1–7, 4 zitiert BGH NJW 1997, 528, 529.

<sup>62</sup> *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 106.

<sup>63</sup> *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 86 ff. m. w. N.; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 50.

<sup>64</sup> *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 87 mit vielen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung. Ebenfalls mit Bezug auf das Übliche und Gewöhnliche *Geipel*, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, 1–7, 1; *Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen*, § 286 ZPO Rn. 30; *Stein/Jonas-ZPO 2008/Leipold*, § 286 ZPO Rn. 129–130, vgl. auch *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen*, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn. 10 unter Zitat von BGH NJW-RR 1988, 789, 790.

<sup>65</sup> *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen*, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn. 13; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 126; *Saenger-ZPO/Saenger*, § 286 ZPO Rn. 42.

der Vergangenheit „gleichmäßig“<sup>66</sup> oder „gleichförmig“<sup>67</sup> abgelaufen sein. Das bedeutet nichts anderes, als dass in der Vergangenheit in den durch die Wenn-Komponente beschriebenen Fällen meist auch die Dann-Komponente vorlag. Der Begriff der „Musterhaftigkeit“, der von manchen Autoren zur Definition des typischen Geschehensablaufs herangezogen wird, meint wohl wie die „Gleichförmigkeit“, dass die behauptete Tatsache in der Referenzklasse häufig ist. Der Hergang soll ein Muster aufweisen, das so auch in anderen bekannten Fällen aufgefunden wird und aus dem zu schließen sei, dass sich im konkreten Fall die Dinge ebenso abgespielt haben wie in den anderen bekannten Fällen mit gleichem Muster.<sup>68</sup>

Die Fälle der Bezugsklasse sollen dadurch charakterisiert sein, dass sie sich „immer“<sup>69</sup> oder „öfter“<sup>70</sup> wiederholen oder „immer wieder so vorgekommen“ sind<sup>71</sup>, was aber nicht meine, dass die Fälle zahlenmäßig häufig sein müssten.<sup>72</sup> Dann kann es nur meinen, dass sie sich, wenn sie vorkommen, praktisch immer so abspielen, wie der Erfahrungssatz behauptet. Obwohl man sich also auf die „Häufigkeit“ beruft, was eigentlich die Anzahl der Fälle,  $n$ , beschreibt, meint man zutreffend „relative Häufigkeit“, den Anteil der Fälle, die wie erwartet verlaufen, an der Gesamtzahl aller Fälle der Referenzklasse,  $\frac{m}{n}$ .

Damit macht die juristische Dogmatik klar, dass sie zumindest zur Begründung von Erfahrungssätzen, die eine starke Überzeugung vermitteln, die Straight Rule anwenden will: Die Häufigkeit der behaupteten Tatsache in einer Referenzklasse ist bekannt; der zu entscheidende Fall gehört zu dieser Referenzklasse; daraus folgt, dass die Häufigkeit der behaupteten Tatsache in der Referenzklasse als anfängliche Überzeugung übernommen werden kann. Die Straight Rule zur Begründung von Anfangswahrscheinlichkeiten zu nutzen, erscheint grundsätzlich sinnvoll. Ihre Nutzung ist allerdings einerseits unsicherer (dazu sogleich und unter § 5 IV.3.) andererseits aber auch häufiger möglich (dazu näher unter § 5 IV.4. und § 5 V.) als die Rechtsprechung zu erkennen scheint.

<sup>66</sup> Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 91; Geipel, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, 1–7, 3; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 106; Stück, JuS 1996, 153–158, 154.

<sup>67</sup> Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn.13; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 95.

<sup>68</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn.30; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn. 13; Lepa, NZV 1992, 129–136, 126.

<sup>69</sup> Stück, JuS 1996, 153–158, 154.

<sup>70</sup> Jungmann, ZZP 2007, 459–473, 460–461, der allerdings nach Präsentation dieser Voraussetzung, über die nach seinen Worten „Einigkeit herrscht“, selbst für die Möglichkeit eines Individualanscheinsbeweises argumentiert, dessen zugrunde liegender Erfahrungssatz anders zu begründen wäre.

<sup>71</sup> Geipel, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, 1–7, 3.

<sup>72</sup> Stück, JuS 1996, 153–158, 154.

## 2. Die Schätzung der objektiven Wahrscheinlichkeit

Es ist nun also festgestellt, dass die subjektiven Anfangswahrscheinlichkeiten sich an objektiven orientieren sollten, soweit solche bekannt sind. Die Auswertung der juristischen Literatur zur Bestimmung von Erfahrungssätzen hat noch einmal plastisch vor Augen geführt: Das Problem an dieser Feststellung ist, dass auf dem hier interessierenden Anwendungsfeld die objektiven Wahrscheinlichkeiten praktisch nie bekannt sein dürften. Im Spielcasino, im Vasenbeispiel oder im Würfelspiel kennt man objektive Wahrscheinlichkeiten, weil man den Mechanismus, der die betreffende Referenzklasse generiert, so gut versteht, dass man weiß, welchem Grenzwert sich die relative Häufigkeit eines bestimmten Ereignisses bei unendlicher Wiederholung des Mechanismus annähern würde. Aber wie hoch ist die objektive Wahrscheinlichkeit, dass auf der Autobahn von hinten auffahrende Fahrer einen Sorgfaltsverstoß begangen haben?<sup>73</sup> Wie hoch ist die objektive Wahrscheinlichkeit, dass der Inhaber einer Kreditkarte, die kurz nach einem Diebstahl unter Eingabe der richtigen PIN von einem Dritten genutzt wurde, diese zusammen mit der PIN verwahrt hat?<sup>74</sup> Hier gibt es keine objektive Wahrscheinlichkeit, weil der Mechanismus, der die betreffenden Fälle generiert, praktisch unverstanden ist und der Grenzwert der relativen Häufigkeit eines Merkmals bei unendlicher Wiederholung von Auffahrunfällen oder Bargeldabhebungen nicht in Erfahrung zu bringen ist.

Man kann in diesen Fällen nur auf das Bekanntsein der relativen Häufigkeit des betreffenden Merkmals in einer endlichen Referenzklasse historischer Fälle hoffen. Mit ihrer Hilfe kann man die objektive Wahrscheinlichkeit „schätzen“ und diese Schätzung zur Grundlage der subjektiven Anfangswahrscheinlichkeiten machen. Nach dem Gesetz der großen Zahl konvergiert die Häufigkeit eines Merkmals in einer Reihe von unabhängigen Zufallszügen mit gleichem (endlichem) Erwartungswert gegen die objektive Wahrscheinlichkeit dieses Merkmals.<sup>75</sup> Man sagt, „die relative Häufigkeit eines Merkmals ist eine konsistente Schätzung der Wahrscheinlichkeit [...], mit der das Ereignis auftritt.“<sup>76</sup> „Konsistenz“ beschreibt dabei die Wirkung des Gesetzes der großen Zahl:<sup>77</sup> Je größer die Anzahl der unabhängigen Beobachtungen, desto höher also die objektive Wahrscheinlichkeit<sup>78</sup>, dass sich die Häufigkeit innerhalb eines bestimm-

<sup>73</sup> Dazu äußern sich die einschlägigen Urteile nicht ausdrücklich. Vgl. etwa BGH SVR 2017, 215; BGH NJW 2012, 608 ff.; BGH NJW 2011, 685; BGH NJW 1982, 1595.

<sup>74</sup> Auch die Urteile zum Anscheinsbeweis in Fällen der Haftung des Karteninhabers für einen PIN-Missbrauch klären die Wahrscheinlichkeit nicht ausdrücklich, BGH NJW 2012, 1277. Relativ gründlich vergleicht aber BGH NJW 2004, 3623 verschiedene relevante Häufigkeiten miteinander, ohne diese jedoch einzeln zu bemessen. Weitere Nachweise zu dieser Fallgruppe bei Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 265.

<sup>75</sup> *Fahrmeir/Heumann/Künstler* u. a., Statistik, 291 ff.

<sup>76</sup> *Bortz/Schuster*, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, 89 f.

<sup>77</sup> *Bortz/Schuster*, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, 89.

<sup>78</sup> Diese objektive Wahrscheinlichkeit gibt die Häufigkeit an, mit der bei einem derartigen

ten kleinen Abstands zur objektiven Wahrscheinlichkeit befindet.<sup>79</sup> Ganz im Sinne der oben zitierten juristischen Literatur ist die Lösung für das Fehlen von Wissen über objektive Wahrscheinlichkeiten also deren Schätzung anhand historischer Häufigkeiten. Dieses Vorgehen bringt allerdings Probleme mit sich.

Das erste offensichtliche Problem ist, dass zunächst unklar erscheint, wie groß die Anzahl der beobachteten historischen Fälle sein muss, damit das zitierte Gesetz der großen Zahl die Schätzung der objektiven Wahrscheinlichkeit ausreichend zuverlässig macht, um diese Schätzung als subjektive Wahrscheinlichkeit zu nutzen. Die bloße Anweisung, die beobachtete relative Häufigkeit als Anfangswahrscheinlichkeit zu nutzen, differenziert jedenfalls nicht nach Zuverlässigkeit der Schätzung.<sup>80</sup> Je größer die Anzahl der Beobachtungen, desto zuverlässiger die Schätzung. Aber wo genau beginnt eine zuverlässige Schätzung? Diese Frage lässt sich nicht letztgültig beantworten. Wenn einem viele weitere Beweismittel zur Verfügung stehen, so dass weiteres Updating am Ende eine gut kalibrierte subjektive Wahrscheinlichkeit gewährleistet, mag man weniger strenge Anforderungen an die Genauigkeit der Schätzung der Anfangswahrscheinlichkeit stellen, als wenn die Schätzung der einzige Faktor zur Grundlegung der Überzeugung ist. Wenn man nichts anderes hat als eine ungenaue Schätzung, mag sie dennoch die zuverlässigste Quelle zur Bestimmung einer Anfangswahrscheinlichkeit sein. Und schließlich muss vor Gericht auch eine Rolle spielen, ob der Aufwand zur Erlangung einer genaueren Schätzung angesichts des konkreten Rechtsstreits verhältnismäßig erscheint. Diese Unwägbarkeiten rechtfertigen zunächst erneut die Wahl des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs als Modell. Es gibt eben keine interpersonal eindeutig bestimmten Anfangswahrscheinlichkeiten. Dennoch sollte der Richter seine anfänglichen Überzeugungen an bekannten Häufigkeiten ausrichten, mit denen er objektive Wahrscheinlichkeiten schätzen kann. Zudem sollte er diese Orientierung offenlegen und soweit möglich nachvollziehbar machen.

Intuitiv erfasst die juristische Literatur zum Erfahrungssatz diesen Umstand zumindest insoweit richtig, wie sie solche Erfahrungssätze für besonders verlässlich hält, die sich auf eine Vielzahl historischer Beobachtungen stützt.

### 3. Das Referenzklassenproblem

Das klassische Problem der Straight Rule ist das Referenzklassenproblem, das sie sozusagen vom objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff in den subjektiven „importiert“. Will man subjektive Wahrscheinlichkeiten auf Schätzungen ob-

---

Vorgehen zu Recht davon ausgegangen wird, dass die Häufigkeit des Merkmals in den historischen Zügen näher als eine bestimmte Konstante an der objektiven Wahrscheinlichkeit des Auftretens dieses Merkmals liegt.

<sup>79</sup> Mellor, *Probability: A Philosophical Introduction*, 130.

<sup>80</sup> Skyrmes, *Choice and Chance*, 53.



jektiver Wahrscheinlichkeiten stützen, und sind letztere nur in Bezug auf eine Referenzklasse definiert, erhält die Wahl der Referenzklasse ganz entscheidende Bedeutung. Die Referenzklasse für einen konkret interessierenden Fall besteht in gleichartigen Fällen aus der Vergangenheit. Was aber gleichartige Fälle sind, ist nicht objektiv zu beschreiben. Die Beschreibung der Referenzklasse richtet sich danach, was der Urteilende für relevant hält, um die Häufigkeit, mit der die objektive Wahrscheinlichkeit geschätzt werden soll, zu bestimmen.<sup>81</sup> Kommt es zur Bestimmung der Anfangswahrscheinlichkeit, etwa einer überhöhten Geschwindigkeit in einem Pkw-Unfall, darauf an, welcher Anteil aller Autofahrer an dieser Stelle zu schnell fährt, welcher Anteil der Sportwagenfahrer an dieser Stelle zu schnell fährt, welcher Anteil der Fahranfänger zu schnell fährt oder wie oft bei Regen zu schnell gefahren wird? Juristen würden sagen, es ist eine wertende Entscheidung, festzulegen, was gleichartige Fälle sind. Das Referenzklassenproblem nimmt den objektiven Wahrscheinlichkeiten in der Praxis die Eindeutigkeit. Es gibt nicht eine objektive Wahrscheinlichkeit, auf die man abstellen kann. Es gibt viele.<sup>82</sup> *De Finetti* hielt die Auswahl der Referenzklasse für weitgehend willkürlich und rechtfertigte gerade damit die Verwendung des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs: Mehr als Kohärenz kann man eben nicht verlangen, wenn Kriterien zur Kalibrierung fehlen.<sup>83</sup>

Dieser Umstand führt in die Orientierung an der Häufigkeit eines Merkmals in der Referenzklasse eine erhebliche Unsicherheit ein, die einige Autoren dazu bewogen hat, jegliche Formalisierung der Beweiswürdigung abzulehnen, da Präzision sowieso nicht zu erreichen sei, wenn am Ende das präzise formulierte Wahrscheinlichkeitsurteil durch eine vollkommen subjektive, unkontrollierbare und vielleicht gar willkürliche Festlegung einer Referenzklasse bestimmt wird.<sup>84</sup> Diese Kritik präsentiert eine differenziertere Form des pauschalen Vorwurfs der „gefährlichen Scheingenauigkeit“<sup>85</sup>, den die „Errechnung von Beweiswerten“ zur Beschreibung der Beweiswürdigung vermittele. Beide Vorwürfe gehen aber, wie *Schweizer* zuletzt treffend herausgearbeitet hat, an der Sache vorbei: Erstens trifft diese Kritik den objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff. Der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff kommt konzeptionell ohne Referenzklasse aus. Es ist die Kalibrierung an objektiven Wahrscheinlichkeiten, die subjektive Wahrscheinlichkeiten erst für das Referenzklassenproblem empfänglich macht.<sup>86</sup> Aber die Kalibrierung ist bloß wünschenswert, nicht begriffnotwendig zur Anwendung des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs auf die

<sup>81</sup> *Hacking*, An introduction to probability and inductive logic, 137–138.

<sup>82</sup> *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 130.

<sup>83</sup> *Finetti*, Theory of probability, 174.

<sup>84</sup> Vgl. die Nachweise bei *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 355, der das selbst anders sieht.

<sup>85</sup> Etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 134, Rn. 11 m. w. N.

<sup>86</sup> Das Referenzklassenproblem ist ein Problem des Frequentismus, *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 130.

richterliche Beweiswürdigung.<sup>87</sup> Zweitens disqualifiziert das Referenzklassenproblem nicht die Quantifizierung von Wahrscheinlichkeiten. Im Gegenteil wird durch die präzise Modellierung der Beweiswürdigung mit Hilfe des Wahrscheinlichkeitsbegriffs erst sichtbar, an welcher Stelle die Beweiswürdigung besonders offen für idiosynkratische Wertungen des Entscheiders ist. Denn auch eine unformalisierte Beweiswürdigung würde Erfahrungssätze durch Generalisierung gewinnen, wodurch das Referenzklassenproblem genauso eröffnet, aber nicht genauso sichtbar wäre.<sup>88</sup> Das Referenzklassenproblem wird also durch die Verwendung subjektiver Wahrscheinlichkeiten in der Beweiswürdigung nicht geschaffen, sondern nur erkennbar.<sup>89</sup>

Nun, da das Referenzklassenproblem sichtbar ist, muss es, jedenfalls so weit wie möglich, gelöst werden. Lassen sich Kriterien zur Bestimmung einer Referenzklasse formulieren? Und wie weit sind diese in der Lage zu gewährleisten, dass Referenzklassen von verschiedenen Entscheidern möglichst einheitlich bestimmt werden?

*a) Die größte relevante Referenzklasse*

Weil man hofft, aus einer endlichen Anzahl historischer Fälle entweder auf eine Häufigkeit in einer viel größeren Referenzklasse oder gar auf objektive Wahrscheinlichkeiten zu schließen, ist man auf das Gesetz der großen Zahl angewiesen. Nur wenn die historischen Beobachtungen ausreichend häufig sind, taugen sie – wahrscheinlich – als Näherungswert für den eigentlich gesuchten. Die Häufigkeit, die die subjektiven Anfangswahrscheinlichkeiten informiert, sollte daher aus einer relevanten Referenzklasse ausgelesen werden, die die größtmögliche Anzahl an historischen Beobachtungen umfasst. Dann ist die beobachtete Häufigkeit nach dem Gesetz der großen Zahl die beste Annäherung an die gesuchte Häufigkeit.<sup>90</sup> Dieses Kriterium steht allerdings in Konflikt mit den Folgenden, was eine Abwägung erforderlich macht.

*b) Die engste Referenzklasse*

Zu dem Prinzip der größten Referenzklasse in direktem Gegensatz steht schon nach der Überschrift das Prinzip der engsten Referenzklasse. Natürlich sollte man alle Information, die man hat, auch nutzen.<sup>91</sup> Für die Wahl der Referenzklasse bedeutet das, die Definition der Referenzklasse sollte in möglichst vielen

<sup>87</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 355.

<sup>88</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 368.

<sup>89</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 355.

<sup>90</sup> *Jeffrey*, Subjective Probability, 20; *Mellor*, Probability: A Philosophical Introduction, 41, 43; *Skyrmes*, Choice and Chance, 145.

<sup>91</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 200; *Kotzen*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy, 625–644, 636; *Mellor*, Probability: A Philosophical Introduction, 82; *Skyrmes*, Choice and Chance, 154.

Merkmale mit dem zu entscheidenden Fall übereinstimmen und dadurch so eng wie möglich definiert werden.<sup>92</sup> Zur Illustration sei hier das schöne Beispiel von *Schweizer* zur Wahrscheinlichkeit des Abstimmungsverhaltens einer bestimmten Person genutzt, weil es die immer enger werdende Referenzklassenwahl so eindrücklich abbildet.<sup>93</sup> Woran orientiert man sich also, wenn man sich fragt, ob eine bestimmte in der Schweiz wahlberechtigte Person 2010 für oder gegen die Ausschaffungsinitiative gestimmt hat? Man weiß, sie lebt in der Stadt Zürich, sie sympathisiert mit der FDP und sie hat abgestimmt. Orientiert man sich also an der Häufigkeit der Ja-Stimmen in der Schweiz (52,9%), an der Häufigkeit der Ja-Stimmen im Kanton Zürich (50,8%), an der Häufigkeit der Ja-Stimmen in der Stadt Zürich (35,5%), an den Ja-Stimmen in dem (zu *Schweizers* Beispiel hinzuerfundenen) Wahlkreis A (35,4%) oder an denen der FDP-Sympathisanten (51%)?

Das Prinzip der engsten Referenzklasse legt nahe, die Referenzklasse zu wählen, die durch die meisten Merkmale beschrieben wird, die auch die betreffende Person teilt. Von den geographisch bestimmten Referenzklassen ist das die Klasse „Wahlkreis A Zürich“. Denn die Einwohner des Wahlkreises A der Stadt Zürich werden allesamt, wie die Person, deren Stimmverhalten erraten werden soll, durch ihre Einwohnerschaft in der Schweiz, im Kanton Zürich, in der Stadt Zürich und in deren Wahlkreis A beschrieben. Sie teilen damit vier Merkmale mit der hier interessierenden Person, während alle Einwohner der Stadt Zürich nur drei, die des Kantons Zürich nur zwei und alle Einwohner der Schweiz nur ein beschreibendes Merkmal mit der betreffenden Person teilen würden.

Schwieriger ist die Entscheidung zwischen Referenzklassen, die nicht Teilmengen voneinander sind.<sup>94</sup> Die Referenzklasse „Wahlkreis A der Stadt Zürich“ und die „FDP-Sympathisant“ liegen nicht ineinander. Die Parteisympathie liegt orthogonal zu den geographischen Merkmalen. Idealerweise hätte man statistische Informationen zum Abstimmungsverhalten der FDP-Sympathisanten im Wahlkreis A,<sup>95</sup> aber diese fehlen. Zahlenmäßig, so nehmen wir an, seien beide Klassen ausreichend groß, um ausreichend verlässliche Zahlen zu liefern. In diesem Fall liefert das Merkmal der engeren Referenzklasse kein Kriterium zur Entscheidung.

<sup>92</sup> *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 130 mit Verweis auf Reichenbach; *Kotzen*, in: Hájek/Hitchcock (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy, 625–644, 636; AK-ZPO/Rüßmann, § 286 ZPO Rn. 9.

<sup>93</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 364 ff.

<sup>94</sup> *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 130.

<sup>95</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 365. Neben *Schweizer* a. a. O. und ohne das Beispiel auch *Bradley*, A Critical Introduction to Formal Epistemology, 131.

c) Die größte homogene Referenzklasse<sup>96</sup>

Als alternatives Kriterium zur Bestimmung der relevanten Referenzklasse ist „Homogenität“ vorgeschlagen worden. Als Referenzklasse sei die weiteste homogene Klasse zu wählen. Homogen ist eine Klasse, wenn sich ihre Mitglieder nicht mehr in Merkmalen unterscheiden, die für die Häufigkeit des zu erforschenden Merkmals relevant sind.<sup>97</sup>

Homogenität fällt oft mit der engsten Referenzklasse zusammen, bewertet aber die Relevanz der Merkmale, wodurch Unterschiede entstehen können, wenn bestimmte Merkmale irrelevant sind. Der Vorzug der „Stadt Zürich“ als Referenzklasse vor der Schweiz und dem Kanton ist nicht bloß durch die Beschreibung anhand von Merkmalen gerechtfertigt, sondern vor allem durch die mit den Merkmalen einhergehenden unterschiedlichen Abstimmungsergebnisse, die nahelegen, dass die Züricher sich von anderen Schweizern und auch von ihren Kantonsgenossen auf eine *für das Abstimmungsverhalten wesentlichen* Weise unterscheiden.

Man stelle sich nun vor, dass sich die Demographie des Wahlkreises A nur in der Dimension des Vermögens der dort wohnenden Personen moderat, aber erkennbar von derjenigen der Stadt Zürich unterscheidet. Zugleich nehme man an, es seien Erhebungen bekannt, die für die Schweiz besagten, dass Vermögensunterschiede in dieser Größenordnung nicht nennenswert mit den Variablen Xenophobie, Angst vor Straftaten oder allgemeine Gefährdungseinschätzung korrelierten. Dann ließe sich argumentieren, dass das Merkmal „wohnhaft in Wahlkreis A“ bei Verfügbarkeit des Merkmals „wohnhaft in der Stadt Zürich“ nicht relevant für die Einschätzung ist, wie die betreffende Person in der Ausschaffungsinitiative gestimmt hat.

Alles, was man durch eine Verengung auf den Wahlkreis A also erreicht, scheint eine Verkleinerung des statistischen Materials zu sein, auf das man seine Häufigkeitsbeobachtung stützen kann. Entsprechend wird vorgeschlagen, die größte homogene Referenzklasse zu nutzen. Das wäre hier die Stadt Zürich.

Das Problem des Homogenitätskriteriums besteht darin, dass man meist gerade nicht weiß, ob die Referenzgruppen homogen sind, und an welchen Merkmalen man sich auf der Suche nach der homogenen Referenzklasse orientieren soll. Man weiß ja oft gerade nicht, welche weiteren Merkmale Auswirkungen auf das zu erforschende Merkmal haben. Referenzklassen, für die man nicht weiß, ob sie homogen sind, sind deshalb „epistemisch homogen“. Sie sollen als homogen behandelt werden, obwohl man nicht weiß, ob sie homogen sind.

<sup>96</sup> Die Darstellung des Homogenitätskriteriums basiert, wo nicht anders ausgezeichnet, auf *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 363 ff.

<sup>97</sup> *Galavotti*, Philosophical introduction to probability, 95 mit Verweis auf Reichenbach; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 363 mit Verweis auf Salmon.

Ein anderes Problem tritt auf, wenn man weiß, dass die Referenzklasse nicht homogen ist, aber die Häufigkeit des Merkmals in der homogenen Referenzklasse nicht kennt. Referenzklassen, bei denen man aus praktischen Gründen – etwa mangels Daten für die höher aufgelösten Gruppen – nicht weiter nach bekanntermaßen relevanten Merkmalen differenzieren kann, sollen ihrerseits als „praktisch homogen“ zu behandeln sein.

Hilft das Homogenitätskriterium nun bei der Entscheidung für ein relevantes Merkmal, die man zwischen der Stadt Zürich und der FDP-Sympathie treffen muss? Dies wäre der Fall, wenn man zusätzliche Informationen hätte, die oft fehlen. Wenn etwa die Parteisympathie stärker mit der Haltung zur Ausschaffungsinitiative korrelierte als der Wohnort, spräche dies für den Vorzug der FDP-Sympathie. Dafür wiederum spräche, dass die Parteisympathie unmittelbar politische Präferenzen ausdrücken könnte, die auch in der Haltung zur Ausschaffungsinitiative zum Ausdruck kommen könnten. Dagegen spräche aber die Häufigkeit der Ja-Stimmen: Unter den FDP-Anhängern halten sich Ja- und Nein-Stimmen die Waage, was gegen eine starke Korrelation des Abstimmungsverhaltens mit der Parteisympathie spricht. In der Stadt Zürich dagegen stimmte eine Zweidrittelmehrheit mit Nein.

Letzten Endes ist dem Homogenitätskriterium der Vorzug vor dem Kriterium der engsten Referenzklasse zu geben, weil es auch ein Kriterium für die Abwägung zwischen der Qualität der Daten und der Nutzung der bekannten Information über den aufzuklärenden Einzelfall bereithält. Auch geht es mit den Merkmalen, die den aufzuklärenden Fall beschreiben, weniger blind um als das Kriterium der engsten Referenzklasse. Es prüft die Merkmale auf Relevanz für die Sachaufklärung. Allerdings kann man das Homogenitätskriterium nur nutzen, wenn man ausreichende Informationen über die Referenzklassen hat. Weil diese Informationen oft fehlen werden, wird das Kriterium der pragmatisch bzw. epistemisch homogenen Referenzklasse häufig mit dem der engsten Referenzklasse zusammenfallen.

#### *4. Die Gewinnung juristischer Erfahrungssätze mit der Straight Rule am Beispiel des Anscheinsbeweises der Infektion durch Bluttransfusion*

Viele der hier diskutierten Prinzipien wendet die Rechtsprechung bei der Prüfung von Erfahrungssätzen im Anscheinsbeweis an. Zwar betrachtet die Rechtsprechung selten Häufigkeitsstatistiken, aber ihre Argumente machen beizeiten den Anschein, als versuche man sich vorzustellen, ob etwas selten oder häufig vorkommt, und setze diese groben Häufigkeitsannahmen in Beziehung zueinander.

Dass sich mit Hilfe von Häufigkeitseinschätzungen und den Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung sinnvolle Erfahrungssätze gewinnen lassen, sei gerade an einem solchen Anscheinsbeweis illustriert, den die Literatur in der

Vergangenheit als „Individualanscheinsbeweis“ oder „Anscheinsbeweise ohne ersten Anschein“ qualifiziert hat,<sup>98</sup> und den sie sogar nur bei einer Beweismaßabsenkung für geeignet gehalten hat, das Beweismaß zu überwinden<sup>99</sup>: Dem ersten Lues-Fall.<sup>100</sup> Sogar die Entscheidung in diesem Fall lässt sich, soweit bestimmte Häufigkeiten bekannt sind, durch eine Anwendung der Straight Rule begründen und stellt sich dann als ganz normaler, auf robuste Erfahrungssätze gestützter Anscheinsbeweis zur vollen Überzeugung des Gerichts dar. An diesem Beispiel wird deutlich, dass die Literatur ihre Suche nach relevanten Referenzklassen in ihrer Konzentration auf die „Typizität“ als Häufigkeit und Gleichförmigkeit eng ausrichtet. Insofern bereitet dieser Abschnitt schon den im folgenden Abschnitt dargelegten Befund vor, dass die Straight Rule in viel weiterem Umfang Erfahrungssätze begründen kann, als es bisher in der juristischen Literatur erkannt zu sein scheint. Ich erlaube mir, die zugrunde gelegten Häufigkeiten auf eine eher oberflächliche Internetrecherche zu stützen. Es geht hier um die Illustration des Schlussverfahrens und nicht um die Entscheidung über das Schicksal von Prozessparteien. Im Prozess müssen die Erfahrungssätze von der Partei dargelegt und bewiesen werden, die sich auf den Anscheinsbeweis beruft, soweit sie nicht etwa als amtliche Statistiken offenkundig und daher nach § 291 ZPO nicht zu beweisen sind.

Im ersten Lues-Fall behauptete eine Frau, sich durch die Infusion einer infizierten Blutkonserve mit Lues (Syphilis) angesteckt zu haben, und verklagte das Krankenhaus auf Schadensersatz. Das Tatgericht hielt es für erwiesen, dass sie eine Blutkonserve von einem Infizierten (Stadium 3) erhalten hatte. Erst fünf Jahre nach der Infusion war eine sogenannte Wassermann-Reaktion bei der Frau positiv ausgefallen. Aufgrund des Umstands, dass die Wassermann-Reaktion auch andere Krankheiten anzeigen kann, hielt das Tatgericht es nicht für erwiesen, dass die Frau mit Lues infiziert war. Ebenfalls hielt das Tatgericht nicht für erwiesen, dass eine etwaige Infektion auf die Bluttransfusion zurückzuführen war. Der BGH hat auf diesen Fall den Anscheinsbeweis zugunsten des klagenden Ehemanns der Frau angewendet.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Jungmann, ZZP 2007, 459–473, 462f. spricht von nicht verallgemeinerungsfähigen Sachverhaltskonstellationen; Kollbosser, AcP 1965, 46–83, 76 meint, der BGH verzichte in diesem Fall auf das Kriterium des typischen Geschehensablaufs. Differenzierend Kegel, in: Biedenkopf/Coing/Mestmäcker (Hrsg.), Das Unternehmen in der Rechtsordnung: Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages am 12. September 1967, 321–344, 328f., der den Begriff „Individualanscheinsbeweis“ prägte und erst begründet, warum er aufgrund allgemeiner Kriterien nicht zulässig ist, um ihn dann doch – ähnlich wie hier, allerdings unter Annahme eines Beweismaßes überwiegender Wahrscheinlichkeit – zutreffend zu begründen.

<sup>99</sup> Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 101, 108; Stück, JuS 1996, 153–158, 155.

<sup>100</sup> BGH NJW 1954, 718.

<sup>101</sup> BGH NJW 1954, 718.

Die Literatur hat diesen Anscheinbeweises allerdings für irregulär gehalten:<sup>102</sup> Vielleicht meinte man, es geschehe nicht häufig, dass Patienten in Krankenhäusern verseuchte Blutkonserven verabreicht werden, so dass die Typizität fehle. Das wäre ein schlechtes Argument. Tatsächlich kennt man Ansteckungswahrscheinlichkeiten für den deutschen Durchschnittsmenschen. Weil man keine weiteren Eigenschaften der Frau kennt, etwa ihre Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe, ihr Sexualverhalten, Vorerkrankungen, soziale Kontakte oder ähnliches, fällt sie in die Referenzklasse aller Bundesbürger. Die Mitglieder dieser Referenzklasse sind sich nicht sehr ähnlich. Dennoch ist die Klasse zumindest epistemisch homogen. Die Häufigkeiten der in Frage kommenden Krankheiten und die Häufigkeiten der Syphilisansteckung bei Kontakt mit dem Erreger sind für diese Referenzklasse bekannt und begründen eine Überwindung des Beweismaßes vor der Beweiserhebung und damit einen ganz regulären Anscheinbeweis.

Die Frau konnte sich auf drei Arten angesteckt haben: Irgendwie vor der Blutspende, durch die Blutspende, oder irgendwie während der fünf Jahre nach der Blutspende. Nur wenn sich nachweisen ließe, dass der zweite der drei Fälle zutraf, würde das Krankenhaus haften.

Eine Person, der nur 57 einzelne Organismen des Syphiliserregers injiziert werden, setzt sich einer 50-prozentigen Chance aus, sich zu infizieren.<sup>103</sup> Wir wissen nichts über die besonderen Prädispositionen der Frau, so dass die zufällig gezogenen Probanden, an denen eine solche medizinische Studie durchgeführt worden ist, eine sinnvolle Referenzklasse darstellen. Sollte dieser Befund einer Ansteckungswahrscheinlichkeit von 50 % zutreffen, wäre unverständlich, warum das Tatgericht der Ansicht war, die Blutübertragung von einem Infizierten im Stadium 3 führe nur „selten“ zu einer Ansteckung. Vielleicht kamen ihm 50 % angesichts der vom deutschen Beweismaß verlangten sehr hohen Wahrscheinlichkeit als „selten“ vor. Wir setzen diese Wahrscheinlichkeit als Wahrscheinlichkeit einer Infektion durch die Infusion, obwohl der Klägerin mit dem infizierten Blut des Spenders eher mehr Erreger verabreicht worden sein dürften.

Fragt man zunächst, ob die Klägerin zum Klagezeitpunkt überhaupt infiziert war, so genügt die bisher genannte Evidenz nur für eine Wahrscheinlichkeit der Infektion von etwas über 50 %. Jedoch schlugen bei der Frau wiederholt auch der damals klassische Test auf Syphilis, die Wassermann-Reaktion, positiv an. Dieser Test ist ein unzuverlässiger Hinweis auf Syphilis, da er auch bei Schmetterlingsflechte (Lupus), Malaria und Tuberkulose positiv ausfällt.<sup>104</sup> Aber all die anderen Krankheiten, auf die die Wassermann-Reaktion hinwies, waren in Deutschland ausgesprochen selten. In Berlin kamen offenbar auf ca. 3

---

<sup>102</sup> Vgl. Nachweise in Fn. 98.

<sup>103</sup> <https://en.wikipedia.org/wiki/Syphilis> (zuletzt abgerufen am 20.12.2021).

<sup>104</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Wassermann\\_test](https://en.wikipedia.org/wiki/Wassermann_test) (zuletzt abgerufen am 20.12.2021).

Millionen Menschen im Jahre 1946–1947<sup>105</sup> 1685 Malariafälle,<sup>106</sup> das ist eine Prävalenz von 0,05 %. Schmetterlingsflechte ist eine Autoimmunerkrankung und dürfte mangels variierender Verbreitung eines Erregers schon in den vierziger Jahren in ähnlichen Häufigkeiten vorgekommen sein wie heute.<sup>107</sup> Heute soll die Prävalenz bei ca. 0,1 % liegen.<sup>108</sup> Diese Rate nehme ich auch für die vierziger Jahre an. Tuberkulose war dagegen in den vierziger Jahren stärker verbreitet als die beiden anderen Krankheiten und vor allem auch stärker ausgebreitet als heute. In Hessen waren 1948 36.883 Fälle von Tuberkulose erfasst.<sup>109</sup> In Hessen lebten zu dieser Zeit 13,92 Millionen Einwohner.<sup>110</sup> Übernimmt man diese Zahlen für den Fall, so ergibt sich eine Prävalenz der Tuberkulose von 0,2 %. Eine Untersuchung an Studenten legte allerdings eher eine Prävalenz von 1,75 % nahe.<sup>111</sup> Wieder sind die Referenzklassen alles andere als eng oder homogen. Aber wir wissen nichts über die Frau und haben deshalb keinen Anlass, die Referenzklasse enger zu ziehen als die allgemeine Bevölkerung in Deutschland. Wir unterstellen den höheren Wert und stellen dennoch fest, dass auch dieses allgemeine Tuberkuloserisiko verglichen mit der Wahrscheinlichkeit von 50 %, sich mit Syphilis infiziert zu haben, gering ist. Mit anderen Worten: Gegeben, dass die Frau eine positive Wassermann-Reaktion zeigte und die Alternativerklärungen relativ zur Wahrscheinlichkeit, dass sie sich mit Syphilis angesteckt hatte, sehr unwahrscheinlich waren, war die Wahrscheinlichkeit, dass ihre Wassermann-Reaktion tatsächlich auf eine Syphilis zurückzuführen war, sehr hoch. Sie betrug unter Annahme der hier grob ermittelten Werte genau  $\frac{50\%}{50\% + 0,05\% + 0,1\% + 1,75\%} = 96,3\%$ .<sup>112</sup> Das dürfte ganz ohne Beweismaßabsenkung für einen Beweis des Schadenseintritts gereicht haben.

Erlaubt man sich nun, angesichts dieser sehr hohen Wahrscheinlichkeit einer Infektion mit Syphilis der Einfachheit halber von 96,3 % auf 100 % zu runden, kann man nun fragen, wie wahrscheinlich es war, dass sich die Frau gerade durch die Infusion angesteckt hatte und nicht durch eine andere Ursache vor-

<sup>105</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Einwohnerentwicklung\\_von\\_Berlin#1920%E2%80%931949](https://de.wikipedia.org/wiki/Einwohnerentwicklung_von_Berlin#1920%E2%80%931949) (zuletzt abgerufen am 20.12.2021).

<sup>106</sup> Dalitz, Autochthone Malaria im mitteldeutschen Raum, 3.

<sup>107</sup> Obwohl gerade in den vierziger Jahren vielleicht psychosomatische Auslöser eher verbreitet waren.

<sup>108</sup> Zink/Minden/List, Entzündlich-rheumatische Erkrankungen, 12.

<sup>109</sup> Gerz, Die Situation der Medizinischen Fakultät Marburg in der Nachkriegszeit: 1945–1950, 73.

<sup>110</sup> Gerz, Die Situation der Medizinischen Fakultät Marburg in der Nachkriegszeit: 1945–1950, 73.

<sup>111</sup> Gerz, Die Situation der Medizinischen Fakultät Marburg in der Nachkriegszeit: 1945–1950, 76.

<sup>112</sup> Ich gehe hier davon aus, dass die Wassermann-Reaktion Syphilis nur falsch positiv anzeigt, wenn die genannten anderen Erkrankungen vorliegen. Das dürfte unzutreffend sein und müsste in einem Prozess genauer recherchiert werden. Meine vereinfachende Annahme führt zu einer Erhöhung der Wahrscheinlichkeit, dass die positive Wassermann-Reaktion tatsächlich Syphilis anzeigt.



her oder nachher. Dazu ist diesmal die Wahrscheinlichkeit der Syphilisinfektion durch die Infusion mit der Wahrscheinlichkeit einer anderweitigen Syphilisinfektion zu vergleichen.

Man kennt die Häufigkeit, mit der Syphilisinfektionen pro Jahr neu auftreten und nutzt diese üblicherweise als Anzeiger der Anzahl der Neuinfektionen pro Jahr. Diese Wahrscheinlichkeit kann man als infusionsunabhängige Infektionswahrscheinlichkeit der Klägerin in einem bestimmten Jahr setzen. Sie beträgt heute in Deutschland 0,004 % und betrug in den 1970er-Jahren ungefähr 0,01 % (war mithin damals mehr als doppelt so hoch als heute).<sup>113</sup> Mangels Daten aus dem Jahr 1947 extrapoliere ich den Trend<sup>114</sup> und nehme an, auch in den fünfzig Jahren vor 1970 habe sich die Infektionswahrscheinlichkeit halbiert.<sup>115</sup> Fünf- und zwanzig Jahre vor 1970 hätte sie dann etwas unter 0,015 % gelegen. Um die Wahrscheinlichkeit zu überschlagen, dass sich die Frau in den zehn Jahren vor der Infusion infiziert hatte, addiere ich die Wahrscheinlichkeiten der Infektion pro Jahr. Dieses Vorgehen ist unzutreffend, aber die Ungenauigkeit ist klein, geht zu Lasten meiner These und vereinfacht das Vorgehen.<sup>116</sup> Die Wahrscheinlichkeit, dass sich die Frau in den zehn Jahren vor der Infusion infiziert hat, beträgt dann 0,15 %. Die Wahrscheinlichkeit, dass sie sich in den Jahren nach der Infusion infiziert hat, würde, wäre die Infusion nicht infiziert gewesen, 0,075 % betragen. Weil die Frau sich aber nur infizieren konnte, wenn sie nicht schon durch die Infusion infiziert war, müssen wir sie mit 0,5 abdiskontieren, so dass die Wahrscheinlichkeit einer Infektion nach der Infusion bei 0,0375 % liegt.

Setzt man diese Werte nach den Grundsätzen der Wahrscheinlichkeitsrechnung zusammen, ergibt sich, dass die Wahrscheinlichkeit für eine Infektion der Klägerin durch die Infusion bei  $\frac{50\%}{50\% + 0,15\% + 0,035\%} = 99\%$  lag. Eine das Beweismaß übersteigende Anfangswahrscheinlichkeit wurde also zu Recht auch für den Kausalitätsbeweis angenommen. Nimmt man an, das Beweismaß läge bei 84 %, wäre es auch noch überschritten worden, wenn die Wahrscheinlichkeit der Infektion durch die Transfusion nur bei 30 % gelegen und damit wirklich eher selten gewesen wäre, und zugleich die Wahrscheinlichkeiten der vor- und/

<sup>113</sup> <https://de.wikipedia.org/wiki/Syphilis> (zuletzt abgerufen am 20.12.2021).

<sup>114</sup> Zu Lasten meiner Hypothese extrapoliere ich nichtlinear, ohne dass das einen großen Unterschied machen würde.

<sup>115</sup> Möglicherweise unterschätzt das die Infektionsrate in den vierziger Jahren, aber wie noch erkennbar wird, der Befund wäre bei einer erheblich höheren Infektionsrate ceteris paribus der gleiche.

<sup>116</sup> Wer sich im letzten Jahr mit dieser damals schwer zu erkennenden und schwer zu behandelnden Krankheit infiziert hat, kann sich nicht in diesem wieder infizieren. Er ist ja schon krank. Streng genommen müsste man also für das erste Jahr eine Infektionswahrscheinlichkeit von 0,00015 setzen und für alle Folgejahre diese Infektionswahrscheinlichkeit mit der Wahrscheinlichkeit abzinsen, dass man sich nicht zuvor infiziert hat. Diese Wahrscheinlichkeit, sich in einem gegebenen Jahr nicht zu infizieren, liegt aber nah an 1, nämlich bei 0,9999. Daher macht es kaum etwas aus, sie, wie ich es hier tue, auf 1 zu runden, so dass man für jedes Jahr die volle Infektionswahrscheinlichkeit addiert.

oder nachherigen anderweitigen Infektion, vielleicht weil die Frau einer Risikogruppe entstammte,<sup>117</sup> oder weil das Infektionsrisiko in den vierziger Jahren einfach sehr hoch war, verzehnfacht würden. Unter diesen Bedingungen läge die Wahrscheinlichkeit, dass die Frau durch die Infusion infiziert wurde, immer noch bei 85,7%. Beließe man die Wahrscheinlichkeiten anderweitiger Ansteckung, wie sie hier angenommen sind, könnte man die Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung durch eine Transfusion gar auf 3% absenken – was dann wirklich selten wäre – und würde das Beweismaß von 84% immer noch überschreiten.

Im Ergebnis ist also dieser angebliche Individualanscheinsbeweis ein ganz normaler Anscheinsbeweis, der aufgrund bekannter Häufigkeiten bereits die anfängliche Überzeugung über das Beweismaß hebt.<sup>118</sup> Der BGH stützte seine Erfahrungssätze nicht auf bekannte Häufigkeiten. Dennoch ging er genau zutreffend vor, indem er sich nicht mit dem Befund des Tatgerichts zufriedengab, dass die Ansteckung durch die Transfusion von Blut eines Luetikers im dritten Stadium selten sei. Vielmehr verlangte er, diese Einschätzung zu anderen möglichen Erklärungen der Wassermann-Reaktion und vor allem der Infektionsmöglichkeiten in Beziehung zu setzen. Das ist genau der richtige Weg, der zur Einsicht führt, dass andere Erklärungen der Wassermann-Reaktion und andere Infektionswege noch viel „seltener“ sind, so dass die Infektion durch die Transfusion angesichts der positiven Wassermann-Reaktion plötzlich *relativ* häufig erscheint. Und bei der Beweiswürdigung kommt es eben auf diese *relative* Häufigkeit an.

## V. Erfolgreiche Methoden als Vehikel der Straight Rule

Historisch beobachtete Häufigkeiten von *Merkmalen* sind nicht das einzige Fundament, auf das sich subjektive Anfangswahrscheinlichkeiten epistemisch abstützen lassen. Das Gleiche gilt entsprechend für Erfahrungssätze.<sup>119</sup> Dies erklärt, warum zur Bildung von Erfahrungssätzen empirische Daten über Häufigkeiten von Merkmalen nicht für erforderlich gehalten werden.<sup>120</sup> Stattdessen werden Erfahrungssätze auch theoretisch begründet. Was das bedeutet und wie

<sup>117</sup> Kegel, in: Biedenkopf/Coing/Mestmäcker (Hrsg.), Das Unternehmen in der Rechtsordnung: Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages am 12. September 1967, 321–344, 329 berichtet das Detail, dass die Wassermann-Reaktionen ihres Mannes und der beiden Söhne negativ waren, was gegen eine Zugehörigkeit der Frau zu einer Risikogruppe spricht und die Wahrscheinlichkeit einer anderweitigen Infektion weiter absenken dürfte.

<sup>118</sup> Diese Definition des Anscheinsbeweises bei Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 177 ff., 185, ihm folgend MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 51.

<sup>119</sup> AK-ZPO/Rüßmann, § 286 ZPO Rn. 29; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 370.

<sup>120</sup> Geipel, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, 1–7, 4.

Theorie und historische Häufigkeiten integriert werden können, soll der folgende Abschnitt klären.

Häufigkeiten sind zwar öfter Grundlage unserer Überzeugungen als wir das bewusst wahrnehmen: Wir stützen unsere Überzeugungen nicht nur dann auf Häufigkeiten, wenn wir Statistiken lesen; auch bloße, unstrukturierte Lebenserfahrung erzeugt Vorstellungen von relativen Häufigkeiten, auf die man Anfangswahrscheinlichkeiten stützen kann. Ein Beispiel ist vielleicht der Tamponfall.<sup>121</sup> Menschen machen Fehler bei der Ausübung ihres Berufs. Daher ist es möglich, dass ein Arzt nach einer OP einen Tampon in der Bauchhöhle des Patienten vergisst – die Wahrscheinlichkeit ist zwar klein, aber dezidiert positiv. Gleichzeitig hat man nie von einem Menschen gehört, in dessen Bauchhöhle unabhängig von einer OP und abseits des Verdauungstrakts ein medizinischer Tampon geraten wäre. Man schätzt die Wahrscheinlichkeit, dass der Tampon einen OP-unabhängigen Weg in die Bauchhöhle genommen hat, daher aufgrund der Lebenserfahrung als praktisch null ein. Die *relative* Häufigkeit von durch Ärzte vergessene Tampons an allen Tampons in Bauchhöhlen ist dann sehr hoch. Entsprechend ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein aufgefundener Tampon bei der OP in die Bauchhöhle geraten und dort vergessen worden ist, ebenfalls sehr hoch. Wenn wir aus unserer Lebenserfahrung Häufigkeiten ableiten, wenden wir sogenannte Alltagstheorie an, die galvanisierte Häufigkeitserfahrung darstellt.

Trotzdem gibt es Überzeugungen, deren Verknüpfung mit realen Häufigkeiten noch indirekter ist oder deren Wahrscheinlichkeit wir unabhängig von relativen Häufigkeiten ihres Auftretens bemessen. Gerichte sprechen bei der Behandlung von Anscheinsbeweisen selten ausdrücklich von Häufigkeiten. Aber das Problem wird daran erkennbar, dass es Anscheinsbeweise gibt, bei denen historische Befunde über relative Häufigkeiten des Geschehens beim besten Willen nicht vorhanden sind. Der Anscheinsbeweis, dass der Auffahrende schuldhaft gehandelt hat, wird damit begründet, dass es angesichts der Abstandsvorschriften und der Pflicht zur verkehrsmäßig angemessenen Aufmerksamkeit praktisch kaum vorstellbar ist, dass jemand, ohne dass der Vordermann unmittelbar vorher die Spur gewechselt hat,<sup>122</sup> ohne Verschulden auf ein vorausfahrendes Auto auffährt.<sup>123</sup> Wie oft diese Unfälle durch Verschulden des Hintermanns verursacht werden, ist aber wohl kaum je gezählt worden, denn das Handeln des jeweiligen Hintermanns hat ja nur selten jemand beobachtet.<sup>124</sup> Ähnlich liegen die Dinge beim Anscheinsbeweis nach Einstürzen von Betondecken, der auf deren man-

<sup>121</sup> Dazu *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 94–95.

<sup>122</sup> *Geipel*, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, 1–7, 5.

<sup>123</sup> *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, Rn. 469 m. w. N. in Fn. 103.

<sup>124</sup> Obwohl ich nicht sehe, wie man hier sinnvoll Häufigkeiten zählen soll, hält *Anzinger* hier eine aussagekräftige Statistik zumindest nicht für prinzipiell ausgeschlossen, *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 94–95.

gelhafte Errichtung schließen lassen soll.<sup>125</sup> Auch zur relativen Häufigkeit des Einstürzens mangelhaft errichteter Decken im Vergleich zur Einsturzhäufigkeit von pflichtgemäß errichteten Decken gibt es keine Statistik, denn gerade die Pflichtwidrigkeit der Errichtung hat ja keiner beobachtet.

Obwohl hier die Häufigkeiten des Ereignisses, auf das geschlossen wird – in den Beispielfällen die schuldhafte Handlung –, unbekannt sind, sind diese Erfahrungssätze dennoch sinnvoll gebildet. Das liegt nicht daran, dass sich die Erfahrungssätze auf einen gleichförmigen, sich oft wiederholenden Hergang stützen. Gleichförmigkeit und Wiederholung sind frucht- und damit zwecklos, wenn sich keine Gelegenheit zur Erhebung relativer Häufigkeiten bietet. Der Grund für den epistemischen Wert dieser Erfahrungssätze und damit für ihre Eignung, das Beweismaß zu überwinden, liegt darin, dass sie sich allesamt auf ein zuverlässiges gedankliches Vorgehen stützen: Man vertraut qualifizierten Fachleuten, die Sorgfaltsregeln aufstellen, welche Schadensereignisse zuverlässig verhindern sollen. Der Sicherheitsabstand ist genau so berechnet, dass seine Einhaltung Auffahrunfälle sicher verhindert, wenn auf Geschwindigkeitsverminderungen des Vordermanns aufmerksam reagiert wird und keine Spurwechsel oder andere unerwartete Abstandsverkürzungen erfolgt sind.<sup>126</sup> Auch die Einhaltung von Baunormen auf dem Stand der Technik soll Decken hervorbringen, die praktisch immer halten.

Man geht also davon aus, dass die Schadenshäufigkeit bei pflichtgemäßem Verhalten praktisch bei null liegt: Verhalten sich die Betroffenen pflichtgemäß, passiert nichts. Aus dem Umstand, dass die pflichtwidrige Handlung rechtswidrig ist, schließt man, dass sie schadensgeneigt ist: Ihre Vornahme erhöht die Häufigkeit eines Schadensereignisses, gerade deshalb ist sie verboten. Beobachtet man dann ein Schadensereignis, so schließt man, dass es unter Einhaltung der Sorgfaltsregeln praktisch ausgeschlossen und unter sorgfaltswidrigem Verhalten relativ gesehen – angesichts der Schadenswahrscheinlichkeit von null bei pflichtgemäßem Handeln – aber durchaus viel häufiger wäre. Daraus kann man ableiten, dass die Schadensereignisse in den allermeisten Fällen gerade durch pflichtwidrige Handlungen ausgelöst werden. Das Schadensereignis indiziert die Pflichtwidrigkeit.

Zuverlässige mentale Prozesse und zuverlässige Methoden verlängern die Straight Rule in Sphären hinein, in denen statistische Daten über die in Frage stehenden Ereignisse unerreichbar sind. Diese Verlängerung ist so allgemein, dass sie – ganz unabhängig von der Theorie der Wahrscheinlichkeiten – in Form des Reliabilismus<sup>127</sup> zur Grundlage der Rechtfertigung im Wissensbegriff ge-

<sup>125</sup> Anschaulich hierzu *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 94–95.

<sup>126</sup> *Geipel*, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, 1–7, 5; *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, Rn. 469 m. w. N. in Fn. 104.

<sup>127</sup> *Grundmann*, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 205.

macht worden ist.<sup>128</sup> Wissen wird traditionell verstanden als wahre, gerechtfertigte Überzeugung.<sup>129</sup> Diese Rechtfertigung<sup>130</sup> leistet, nach einer in der Philosophie im Vordringen begriffenen Ansicht, zuverlässige mentale Prozesse und Methoden.<sup>131</sup> Zuverlässig bedeutet dabei, dass sie im normalen Bereich ihrer Anwendung häufig zu wahren Überzeugungen führen.<sup>132</sup>

Zwar wurde er wahrscheinlich erstmals von *Ramsey* vertreten,<sup>133</sup> aber der Reliabilismus hat sich in den folgenden Jahren weitgehend unabhängig von der Wahrscheinlichkeitstheorie innerhalb der Kritik des Wissensbegriffs entwickelt.<sup>134</sup> Diese Literatur unterscheidet typischerweise keine unterschiedlichen Grade der Überzeugung.<sup>135</sup> Die Anwendung des Reliabilismus auf die Gewinnung von Anfangswahrscheinlichkeiten mit epistemischem Gehalt in Form einer Verlängerung der Straight Rule liegt aber nahe: Die Anwendung eines zuverlässigen mentalen Prozesses oder einer zuverlässigen Methode, die in x% der normalen Fälle ihrer Anwendung eine wahre Aussage generiert, begründet nach der Straight Rule eine Wahrscheinlichkeit von x% für diese Aussage in einem normalen Anwendungsfall.<sup>136</sup>

Die Häufigkeit, mit der mentale Prozesse und Methoden wahre Aussagen generieren, lässt sich aus historischen Fällen ihrer Anwendung gewinnen.<sup>137</sup> Wieder stellt sich dabei das schon besprochene Referenzklassenproblem.<sup>138</sup> Welches sind die Anwendungsfälle, die für die Bestimmung der Wahrheitshäufigkeit relevant sind? Wann genau ist „die Methode“ angewandt worden und wann bedeuten kleine Veränderungen der Methode schon, dass eine neue Methode angewandt wurde? Wie schon besprochen, gibt es für das Referenzklassenproblem

<sup>128</sup> *Goldman/Beddor*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*; *Grundmann*, *Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie*, 205.

<sup>129</sup> *Grundmann*, *Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie*, 3, 66ff.; *Ichikawa/Steup*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Abschnitt 1.

<sup>130</sup> *Grundmann*, *Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie*, 167–171.

<sup>131</sup> Grundsätzlich zum instrumentellen Zugang zur Rechtfertigung *Grundmann*, *Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie*, 167, 184.

<sup>132</sup> *Goldman/Beddor*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Abschnitt 2.; *Grundmann*, *Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie*, 199; *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 107.

<sup>133</sup> *Goldman/Beddor*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Abschnitt 1.

<sup>134</sup> *Ichikawa/Steup*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Abschnitt 6.1.

<sup>135</sup> *Grundmann*, *Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie*, 68f.; *Ichikawa/Steup*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Abschnitt 1.2.

<sup>136</sup> *Mellor*, *Probability: A Philosophical Introduction*, 107.

<sup>137</sup> *Goldman/Beddor*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Abschnitt 2.

<sup>138</sup> *Goldman/Beddor*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Abschnitt 5.1.

keine abschließende Lösung, sondern nur eine Daumenregel, und die heißt auch hier: Man verwendet idealerweise die größte homogene Referenzklasse. Die Mitglieder der Referenzklasse dürfen sich nicht durch Eigenschaften unterscheiden, die einen bekannten Einfluss auf die Häufigkeit erfolgreicher Vorhersagen haben. Dabei richtet sich die Homogenität der Referenzklasse nach dem Urteil des Anwenders und ist intersubjektiv nicht letztgültig begründbar. Aber das ist – so sei erneut betont – genau der zentrale Grund, warum der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff verwendet wird.<sup>139</sup>

Allerdings kann die Häufigkeit, mit der mentale Prozesse und Methoden wahre Aussagen generieren, auch bloß theoretisch durch Induktion und hypothetische Betrachtung gewonnen werden.<sup>140</sup> Das ist in den genannten Anscheinsbeweisen geschehen. Hier hat die Rechtsprechung induktiv bestimmte Prämissen begründet und aus ihnen deduktiv geschlossen, dass die Wahrscheinlichkeit für Verschulden hoch ist. Soweit man die Prämissen für wahr hält (etwa sichere Schadensverhütung durch Einhaltung der Sorgfaltsnormen), vermittelt der deduktive Schluss sicheres Wissen über die hohe Wahrscheinlichkeit. Der Schlussvorgang kann dann ohne weitere Betrachtung von empirischen Häufigkeiten für zuverlässig gehalten werden. Solche hypothetischen Betrachtungen lassen sich rational kritisieren und sind deshalb nicht willkürliche Festsetzungen irgendwelcher Anfangswahrscheinlichkeiten.

Eine von den oben genannten Beispielen zu unterscheidende Klasse von Anscheinsbeweisen stützt sich darauf, dass die verletzte Norm, ein Schutzgesetz, eine Unfallverhütungsvorschrift oder eine Verkehrssicherungspflicht, gerade den Schaden verhindern sollte, der eingetreten ist, so dass der Schaden durch die Normverletzung offensichtlich häufig bewirkt werde – denn sonst, so offenbar das Argument, hätte man das Verhalten ja nicht verboten.<sup>141</sup> So wendete der BGH etwa einen Anscheinsbeweis für die Kausalität des Nichttragens eines Motorradhelms für den Tod des Motorradfahrers an.<sup>142</sup> Was scheint wie die gleiche Schlussweise, welche den oben genannten Anscheinsbeweisen zu Grunde liegt, ist tatsächlich ein Fehlschluss. Denn es kommt nicht darauf an, ob die Vorschrift den eingetretenen Schaden verhindern sollte, sondern darauf, ob das Einhalten der Vorschrift den Schaden tatsächlich sicher verhindert. Tut

<sup>139</sup> Vgl. vorn § 5 IV. 3.

<sup>140</sup> *Goldman/Beddor*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Abschnitt 2.

<sup>141</sup> *Baumgärtel*, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, 170–173; *Zöller/Greger*, Vor § 284 ZPO Rn. 30; *Greger*, *VersR* 1980, 1091–1104, 1092; *Kraatz*, *Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung: Zum „strafprozessualen“ Anscheinsbeweis*, 74; *Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen*, § 286 ZPO Rn. 34; *Stein/Jonas-ZPO 2008/Leipold*, § 286 ZPO Rn. 132; *Pawlowski*, *Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag*, 8; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 77; *Schneider*, *Beweis und Beweiswürdigung*, Rn. 674; *Stein/Jonas-ZPO/Thole*, § 286 ZPO Rn. 217, alle m. w. N.

<sup>142</sup> *Baumgärtel*, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, 171 mit Verweis auf BGH *VersR* 1972, 149, 150.

sie das nicht, ist der notwendige Schluss komplizierter, weil er in einem bayesianischen Schluss die Wahrscheinlichkeit berücksichtigen muss, dass es trotz Einhaltung der Sorgfaltspflicht zum Schaden kommen kann. Motorradfahrer sterben auf deutschen Straßen bei Verkehrsunfällen häufig auch mit Helm. Ob also der Helm den Tod des Motorradfahrers verhindert hätte, das Nichttragen also kausal für den Tod war, ist alles andere als sicher. Selbst wenn Architekten<sup>143</sup> den Bau ordnungsgemäß überwachen, kann es zu versteckten Mängeln kommen. Will man aus einem Schaden auf die Aufsichtspflichtverletzung schließen, darf man nicht die Häufigkeit des Mangels bei Einhaltung der Pflicht (sagen wir 10 %) mit der Häufigkeit des Mangels bei Verstoß gegen die Pflicht (sagen wir 80 %) vergleichen, sondern man muss auch berücksichtigen, wie häufig Architekten normalerweise ordnungsgemäß beaufsichtigen. Beaufsichtigen Architekten meist pflichtgemäß (sagen wir in ca. 90 % der Fälle), kann der Anteil der Fälle von Mängeln trotz ordnungsgemäßer Aufsicht an der Gesamtzahl von Mängeln höher sein als der Anteil der Mängel, die dank ungenügender Aufsicht eintreten (Mängel trotz ordnungsgemäßer Aufsicht:  $\frac{10\% \times 90\%}{10\% \times 90\% + 80\% \times 10\%} = 52\%$ ). Ist die „base rate“ zwischen sorgfältigem und unsorgfältigem Handeln derart ungleich verteilt, kann man oft nicht vom Schadenseintritt auf das Verschulden schließen.<sup>144</sup> Viele Schutzgesetze sollen eben die Häufigkeit von Schadenereignissen nur *verringern*. Die Häufigkeit von Schäden bei pflichtgemäßem Handeln liegt dann nicht praktisch bei null und die Anfangswahrscheinlichkeit des schuldhaften Verhaltens wird relevant. Auch ist die Frage, ob ein Verhalten häufig zu Schäden führt, oft nur lose mit der Frage verbunden, ob der Gesetzgeber es sinnvollerweise verbieten würde. Es ist auch sinnvoll, Verhaltensweisen, die selten zu Schäden führen, zu verbieten, wenn die möglichen Schäden sehr hoch sind oder der Nutzen der Handlung für den Schädiger sehr niedrig liegt. Eine sinnvolle Verbotspolitik berücksichtigt sowohl die Häufigkeit, mit der die betreffende Handlungsform zu Schäden führt, als auch die Schwere der Schäden und den Nutzen des Schädigers. Gerade, wenn die nach dem Schutzzweck zu vermeidenden Schäden also gravierend sind, liegt es nahe, dass auch das verbotene Verhalten nur ausnahmsweise zu den betreffenden Schäden führt. Wenn es auch bei pflichtgemäßem Handeln zu Schäden kommen kann und die Schadenshäufigkeit durch pflichtwidriges Handeln nur leicht erhöht wird, vermittelt der „Erfahrungssatz“ aus dem Schutzzweck keine hohe Wahrscheinlichkeit und taugt nicht zur Stützung eines Anscheinsbeweises.

<sup>143</sup> Zum Anscheinsbeweis für das Verschulden von Architekten bei einem Baumangel vgl. MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 77 m. w. N. zu Überwachungsfehlern des Architekten; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, Rn. 674 m. w. N. für Planungs- und Ausführungsfehler des Architekten.

<sup>144</sup> Ein ähnliches, aber vielleicht weniger eingängiges Beispiel zu Linksabbiegerunfällen bei Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 390.

Die Verlängerung der Straight Rule mit Hilfe des Reliabilismus erweitert ihr Anwendungsfeld ungemein. Kein Feld ist der Bestimmung sinnvoller Anfangswahrscheinlichkeiten von vornherein verschlossen. Die Quantifizierung durch die Anwendung subjektiver Wahrscheinlichkeiten ist ohnehin keine Hürde für die Abbildung von Überzeugungen, da jede Überzeugung durch Vergleich mit Zufallszügen aus einer Urne in Wahrscheinlichkeitsgraden ausgedrückt werden kann. Aber die Quantifizierung ist dank des Rückgriffs auf den Reliabilismus, der den Blick auf die Methoden und mentalen Prozesse lenkt, auch dort keine Hürde für die Erschließung des epistemischen Gehalts der Anfangswahrscheinlichkeiten, wo Häufigkeitsdaten auf den ersten Blick fehlen. Dieser Umstand wird im weiteren Fortgang der Arbeit noch von zentraler Relevanz sein, wenn zunächst abstrakt die Frage gestellt wird, ob Schlüsse aus dem Rationalmodell überhaupt je eine zuverlässige Methode sein können (§ 6 I.) und wenn später dann die Frage gestellt wird, ob solche Schlüsse konkret im hier behandelten Zusammenhang auch eine zuverlässige Methode darstellen (§ 7 III.).

## VI. Das Indifferenzprinzips als Heuristik

In manchen Fällen, in denen jeder Anhaltspunkt für die Verteilung der Wahrscheinlichkeiten über die möglichen Geschehensabläufe fehlt, mag das Indifferenzprinzip eine, wenn auch nur heuristische Wirkung entfalten. Das Indifferenzprinzip hat sich als logisches Prinzip nicht bewährt. Als heuristisches Prinzip kann es aber durchaus hilfreich sein.<sup>145</sup> Weiß man nichts über das in Frage stehende Ereignis, hat aber einen Eindruck davon, welche Geschehensverläufe möglich waren, spricht praktisch wenig dagegen, bis zur Sichtung weiterer Evidenz alle denkbaren Abläufe für gleich wahrscheinlich zu halten. Aber die Situationen, in denen man wirklich alle möglichen Abläufe für gleich wahrscheinlich halten kann, sind selten, weil Situationen selten sind, in denen man tatsächlich gar keinen Anhaltspunkt hat.<sup>146</sup> Hat man tatsächlich keine Anhaltspunkte, sollte man in diskreten Fällen<sup>147</sup> allen nicht weiter unterteilbaren Fällen die gleiche Wahrscheinlichkeit zumessen. In kontinuierlichen Fällen, in denen man die Welt auf unterschiedliche Weise „teilen“ kann, kann der Richter seine Anfangswahrscheinlichkeit mangels Begründungsmöglichkeit ohne Begründung wählen.

<sup>145</sup> Gillies, *Philosophical Theories of Probability*, 48–49.

<sup>146</sup> Gegen eine voreilige Anwendung des Indifferenzprinzips (bzw. von „neutralen a-priori-Wahrscheinlichkeiten“ bzw. „flat priors“) auch Schweizer, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 168, 358 ff.

<sup>147</sup> Gillies, *Philosophical Theories of Probability*, 45.



## VII. Ergebnis zur Begründung von Anfangswahrscheinlichkeiten

Als Ergebnis zur Begründung von Anfangswahrscheinlichkeiten ist festzuhalten, dass, in der juristischen Begrifflichkeit gesprochen, Erfahrungssätze die Aufgabe der Rückbindung von subjektiven Wahrscheinlichkeiten an die Realität übernehmen. Erfahrungssätze werden in Rechtsprechung und Literatur typischerweise nur im Rahmen des Anscheinsbeweises ausdrücklich diskutiert. Sie leisten die besagte Rückbindung aber flächendeckend auch außerhalb der Fälle des Anscheinsbeweises. Die Definitionen von Erfahrungssätzen, die Anscheinsbeweise tragen, sind stark geprägt von der Vorstellung, es würden relative Häufigkeiten, die in historischen Fällen gemessen oder beobachtet wurden, in subjektive Überzeugungen übersetzt. Dieses Verfahren nach der Straight Rule ist ein im Grunde anerkanntes, wenn auch mit Problemen behaftetes Verfahren zur Begründung von subjektiven Anfangswahrscheinlichkeiten. Begründungen auf der Grundlage der Straight Rule sind nie zwingend, denn die Beziehung zwischen Evidenz und subjektiver Wahrscheinlichkeit ist nicht logisch. Vielmehr ist ein pragmatischer, wertender Ausgleich zu finden zwischen der Verwertung von möglichst viel Information durch die Wahl der engsten Referenzklasse und der Nutzung des Gesetzes der großen Zahl durch die Wahl einer ausreichend weiten. Diesen wertenden Ausgleich leistet das Homogenitätskriterium, das zur Wahl der größten homogenen Referenzklasse rät. Homogen bedeutet dabei, dass die Merkmale, durch die sich die Mitglieder der Referenzklasse unterscheiden, keinen Einfluss mehr auf die Häufigkeit der gesuchten Eigenschaft in Untergruppen der Referenzklasse haben. Praktisch homogen können aber auch Referenzklassen sein, die sich zwar noch weiter nach einflussreichen Merkmalen aufteilen lassen, deren weiterer Aufteilung aber praktische Hindernisse entgegenstehen. Epistemisch homogen sind Referenzklassen, betreffend derer das Wissen um die mögliche Unterteilung anhand weiterer relevanter Merkmale fehlt.

Entgegen der verbreiteten Meinung in der juristischen Literatur, dass sich der Fall, über den ein Erfahrungssatz gebildet wird, häufig wiederholen müsse, so dass er das Gepräge des Üblichen und Gewöhnlichen erhalte, bietet die Nutzung historischer Häufigkeiten als Anfangswahrscheinlichkeiten jedoch nicht das einzige Begründungsmuster für Erfahrungssätze. Vielmehr lässt sich die Straight Rule – im Anschluss an den Reliabilismus – in Bereiche verlängern, in denen Merkmalshäufigkeiten unbekannt sind.<sup>148</sup> Wahrheitszutragliche Methoden, die sich in der Vergangenheit durch häufige zutreffende Vorhersagen bewährt haben, sind geeignet, Anfangswahrscheinlichkeiten zu begründen. Der aufgrund der Methode gewonnenen Vorhersage kann eine Wahrscheinlichkeit zugeordnet werden, die der historischen Häufigkeit des Zutreffens von auf-

<sup>148</sup> Grundmann, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 96.

grund dieser Methode gewonnenen Vorhersagen entspricht. Bieten – was selten vorkommen wird – weder die historischen Häufigkeiten noch Methoden Anhaltspunkte für die gesuchte Anfangswahrscheinlichkeit, lassen sich letztere durch eine pragmatische Form des Indifferenzprinzips begründen.

Dass der Richter seine Anfangswahrscheinlichkeiten, soweit er kann, begründen muss, sagt noch nichts über die Revisibilität der Begründung aus. Wie sich unten in § 9 III. herausstellen wird, ist die Begründung von Anfangswahrscheinlichkeiten mit Hilfe von Erfahrungssätzen nur in Ausnahmefällen vom Revisionsgericht überprüfbar.



## § 6 Die Beibringung von Beweismitteln als strategische Interaktion

Das Modell der Überzeugungsbildung im Prozess unter dem Beibringungsgrundsatz ist, soweit es allein auf der Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten beruht, nicht vollständig. Ein Modell allein auf Grundlage der subjektiven Wahrscheinlichkeiten bildet einen Richter ab, der Beweismittel sieht und bewertet. Es ignoriert aber den Prozess, der bestimmt, welche Beweismittel der Richter zu sehen bekommt. Unter dem Beibringungsgrundsatz wird dieser Prozess von den Parteien dominiert, die grundsätzlich frei sind, dem Richter Beweismittel vorzulegen oder nicht. Dabei ist offensichtlich, dass die Parteien ihre Beweismittel, soweit möglich, gern strategisch nutzen würden, damit der Richter nur die den jeweiligen Parteien günstigen Beweismittel zu sehen bekommt und sein Urteil entsprechend zu Gunsten der strategisch agierenden Partei verzerrt. Der Richter kann seinerseits versuchen, aus dem strategischen Handeln der Parteien zu lesen und Schlüsse auf die ihm unbekannte Realität zu ziehen. All diese Prozesse kann die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten allein nicht abbilden. Hierzu bedarf es einer zusätzlichen Methode, der Spieltheorie, die ein Instrumentarium zur Analyse strategischer Interaktion<sup>1</sup> bereitstellt.

Diese Methode wird im Folgenden vorgestellt. Dabei werden zunächst die Verhaltensannahmen der Spieltheorie geklärt, die Menschen als rationale Akteure modelliert (§ 6 I.). Dann wird das Instrumentarium der Spieltheorie eingeführt, wonach sie zur Illustration, und, noch ohne auf Details des Regelungsrahmens einzugehen, auf den Beibringungsgrundsatz und das Beweisverfahren angewendet wird (§ 6 II.). Schließlich wird ein spezielles Lösungskonzept, das perfekt bayesianische Gleichgewicht, eingeführt, das zur Analyse von Spielen mit asymmetrischer Information, die auch den Gerichtsprozess kennzeichnet, erforderlich ist (§ 6 III.). Schon aus dieser Einführung lassen sich erste Rückschlüsse auf nützliche Eigenschaften des Prozesses gewinnen, wie etwa die, dass ein Prozess, der die Wahrheit erforschen soll, so strukturiert sein sollte, dass die Kosten für eine Partei im Unrecht möglichst hoch sein sollten.

---

<sup>1</sup> Als strategisch werden solche Interaktionen bezeichnet, bei denen die Auszahlung jeder Partei sowohl von ihren eigenen Handlungen als auch von denen der anderen Partei abhängt.

## I. Rationalität als grundlegende Annahmen der Spieltheorie

Wenn der Richter aus dem strategischen Verhalten der Parteien Schlüsse ziehen will, muss er die Motive hinter der Handlung erkennen. Menschen handeln, weil sie der Überzeugung sind, die Handlung trage zur Erfüllung ihrer Bedürfnisse bei.<sup>2</sup> Das ist ein Satz grundlegender Alltagspsychologie<sup>3</sup>, die Menschen in früher Kindheit erlernen.<sup>4</sup> Ohne sie könnten wir das Handeln anderer weder vorhersagen noch verstehen. Sie ist Grundbedingung sinnvoller menschlicher Interaktion.<sup>5</sup>

Das Rationalmodell ist eine formale Fassung dieses Satzes der Alltagspsychologie.<sup>6</sup> Es nimmt an, dass Menschen ihren Nutzen im Rahmen der von ihnen nicht beeinflussbaren „Restriktionen“ maximieren, und dass sich ihr Nutzen aus einer Präferenzordnung ergibt, die vollständig, transitiv und unabhängig ist.<sup>7</sup> Vollständigkeit bedeutet, Menschen können prinzipiell alle Auswahloptionen, die sie antreffen, in eine Rangliste, die von der erwünschtesten zur unerwünschtesten Option reicht, einordnen.<sup>8</sup> Transitivität bedeutet, dass man aus dem Umstand, dass ein Agent A höher schätzt als B und B höher als C, schließen kann, dass er auch A höher schätzt als C.<sup>9</sup> Unabhängigkeit (von irrelevanten Alternativen) ist erfüllt, wenn die Verfügbarkeit der Option C die Rangfolge von A und B nicht beeinflusst.<sup>10</sup> Intrapersonal ist die Nutzenskala kardinal; das bedeutet, die Abstände zwischen den Nutzeneinheiten sind gleich groß. Es ist daher sinnvoll zu sagen, dass mir eine Kugel Schokoeis doppelt so viel zusätzlichen Nutzen stiftet wie eine Kugel Zitroneneis (Erwartungsnutzenkonzept von *von Neumann* und *Morgenstern*).<sup>11</sup> Aber interpersonal lässt sich Nutzen nicht vergleichen.<sup>12</sup> Man kann also nicht sinnvoll sagen, dass ich Schokoeis lieber mag als jemand anderes.

<sup>2</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 39.

<sup>3</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 26.

<sup>4</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 40.

<sup>5</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 40.

<sup>6</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 40, 93.

<sup>7</sup> Gut verständlich *Machina*, in: Durlauf/Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 130–138, 134; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 109ff. Grundlegend, aber anspruchsvoller *Neumann/Morgenstern*, *Games and Economic Behavior*, 26f. Vgl. auch *Reiss*, *Philosophy of Economics*, 37, 43. Die drei im Text genannten Axiome Vollständigkeit, Transitivität und Unabhängigkeit sind die drei inhaltlich wichtigen Annahmen. Dazu kommt noch Stetigkeit, die aber eher technisch ist, vgl. *Machina*, in: Durlauf/Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 130–138, 134.

<sup>8</sup> *Morell*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 45–82, 47; *Reiss*, *Philosophy of Economics*, 37; *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 102.

<sup>9</sup> *Morell*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 45–82, 47f.; *Reiss*, *Philosophy of Economics*, 37; *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 102.

<sup>10</sup> *Reiss*, *Philosophy of Economics*, 43.

<sup>11</sup> *Morell*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 45–82, 48; *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 107.

<sup>12</sup> *Morell*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 45–82, 48;

Die Spieltheorie macht das Modell rationaler Wahl in der Form der Erwartungsnutzenhypothese zur Grundannahme ihrer Analyse.<sup>13</sup> Sie geht aber nicht allein von der Rationalität der Spieler aus, sondern baut auf „common knowledge“ über die Rationalität der Spieler auf.<sup>14</sup> Dass die Rationalität der Spieler „common knowledge“ ist, bedeutet, dass sie unter den Spielern allgemein bekannt ist. Man stelle sich ein Spiel mit zwei Spielern als Beispiel vor. In diesem Spiel ist die Rationalität der Spieler common knowledge, wenn beide Spieler wissen, dass sie rational sind, wenn beide Spieler außerdem wissen, dass beide wissen, dass sie rational sind, wenn beide Spieler ferner wissen, dass sie wissen, dass sie wissen, dass sie rational sind ... und immer so weiter ad infinitum.<sup>15</sup> Hier genügt es, sich vorzustellen, dass alle Spieler rational sind und alle Spieler das wissen.

Das Rationalmodell ist als wissenschaftliches Mittel zur Erklärung und Vorhersage menschlichen Handelns umstritten.<sup>16</sup> Das macht seine Anwendung als Begründung im Rahmen der Beweiswürdigung problematisch.<sup>17</sup> Die beweisrechtliche Literatur steht Erfahrungssätzen über bewusstes menschliches Handeln und Entscheiden ambivalent gegenüber: Rechtsprechung und juristische Literatur haben menschliches Verhalten zumeist für so volatil gehalten, dass sich nach verbreiteter Ansicht Erfahrungssätze, die stark genug wären, einen Anscheinsbeweis zu tragen, über Entscheidungen und innere Tatsachen nicht bilden ließen.<sup>18</sup> Menschen handelten eben frei und nicht typisch.<sup>19</sup> Es gibt Ausnahmen zu dieser skeptischen Haltung. Der Anscheinsbeweis des aufklärungsrichtigen Verhaltens ist vielleicht das klarste Beispiel für einen starken Erfahrungssatz über menschliches Handeln.<sup>20</sup> Auch der Anscheinsbeweis der verwerflichen Gesinnung in Wucherfällen ist hier zu nennen.<sup>21</sup> Und im Steuerrecht bestehen Anscheinsbeweise, die mit Hilfe der Hypothese der Eigenutzmaximierung aus dem Handeln von Personen auf die von ihnen verfolg-

---

*Rosenberg*, Philosophy of Social Science, 107; *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 25–43, 28.

<sup>13</sup> *Aumann*, in: *Durlauf/Blume* (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics, 529–558, 537; *Neumann/Morgenstern*, Games and Economic Behavior, 19ff.

<sup>14</sup> *Gibbons*, Game Theory for Applied Economists, 6f., 60f.

<sup>15</sup> *Gibbons*, Game Theory for Applied Economists, 7.

<sup>16</sup> Überblick über die epistemische Kritik bei *Reiss*, Philosophy of Economics, 29ff.; *Rosenberg*, Philosophy of Social Science, 93ff.

<sup>17</sup> Der Anwendung des Rationalmodells als Erfahrungssatz kritisch gegenüber steht etwa *Bitter*, Spieltheorie und öffentliche Verwaltung, 149ff.

<sup>18</sup> *Zöller/Greger*, Vor § 284 ZPO Rn. 31.

<sup>19</sup> Aus der juristischen Literatur vgl. *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen*, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn. 56 m. w. N.; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 82 m. w. N. Für Nachweise zu dieser Position aus philosophischer Sicht vgl. *Reiss*, Philosophy of Economics, 23.

<sup>20</sup> *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen*, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn. 58.

<sup>21</sup> *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 80.

ten Zwecke schließen.<sup>22</sup> In der Literatur haben sich mittlerweile Autoren zu Wort gemeldet, die bereit sind, starke Erfahrungssätze auch über menschliche Handlungen zu formulieren.<sup>23</sup> Angesichts dieser Gemengelage kann das Rationalmodell allenfalls nach einer knappen, aber hoffentlich dennoch gründlichen Prüfung und im Rahmen der gegebenenfalls erkannten Beschränkungen zur Grundlage von Schlüssen in der Beweiswürdigung gemacht werden.

Das Rationalmodell kann Aussagen nur im Aggregat treffen. Das begründet zwar keine prinzipiellen Einwände gegen seine Nutzung zur Begründung richterlicher Überzeugung, sorgt aber doch für praktische Komplikationen (dazu § 6 I.1.). Allerdings begegnet das Rationalmodell schon auf grundsätzlicherer Ebene dem Vorwurf, es sei epistemisch leer, weil die Handlungsgründe keine Handlungsursachen seien und daher zur Vorhersage von Handlungen nicht taugten (dazu § 6 I.2.). Schließlich idealisiert das Rationalmodell stark – wie auch andere Modelle in der Ökonomie. Idealisierungen bewirken eine Entfernung von der Realität und stellen daher den epistemischen Gehalt von Modellen in Frage. Angesichts dieser starken Idealisierung ist also noch einmal genauer zu klären, warum Modelle sich nicht auf wahre Annahmen stützen müssen und wie weit die Entfernung von der Realität gehen darf (dazu § 6 I.3.).

### 1. Die Analyse von Tendenzen und die Vorhersage im Aggregat

Das Rationalmodell kann offensichtlich das Verhalten eines einzelnen Menschen nicht sicher vorhersagen. Zu vielfältig sind die Ursachen unseres Verhaltens. Wir handeln bewusst oder impulsiv, mit Bedacht oder emotional, „frei“ oder unter Zwang anderer. Und meist wirken all diese Einflüsse zugleich auf uns ein und bilden eine Gemengelage, aus der sich unsere Handlung ergibt. Das Rationalmodell soll *einen* wirksamen Faktor in dieser Gemengelage beschreiben, eine wirksame „Tendenz“ unter vielen.<sup>24</sup> Zur Isolation dieser Tendenz behauptet die Ökonomie, in Modellen zu beschreiben, was unter der idealen Bedingung vorherzusagen wäre, dass jemand *allein* zur Befriedigung seiner Bedürfnisse angesichts seiner Überzeugungen von den Restriktionen handelte.<sup>25</sup> Denn die zutreffende Berücksichtigung der wichtigsten Motive bringe einen am ehesten zu richtigen Vorhersagen, und man könne davon ausgehen, dass die Verfolgung des eigenen Nutzens zu den stärksten Handlungsmotiven zu zählen sei.<sup>26</sup> Es ist dabei unzweifelhaft, dass in der Realität viele Faktoren auf die Handlung

<sup>22</sup> Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 160ff.

<sup>23</sup> Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 103f., 107f. m. w. N.

<sup>24</sup> Reiss, Philosophy of Economics, 93.

<sup>25</sup> Mill, in: Hausman (Hrsg.), The Philosophy of Economics: An Anthology, 41–58, 42f.; Reiss, Philosophy of Economics, 94.

<sup>26</sup> Mill, in: Hausman (Hrsg.), The Philosophy of Economics: An Anthology, 41–58, 43.

des Betreffenden einwirken, so dass die Vorhersage im Einzelfall trotz durchaus realer Wirksamkeit<sup>27</sup> der beschriebenen Tendenz verfehlt werden kann<sup>28</sup> und allenfalls annäherungsweise wahr sein wird.<sup>29</sup> Vollständig wahr sind die Aussagen der Ökonomie damit nur im Modell.<sup>30</sup> In der Realität müsste man sie noch für die ignorierten Tendenzen korrigieren,<sup>31</sup> die man aber oft nicht kennt.

Wenn man angesichts dieses Problems dennoch empirisch überprüfbare Aussagen machen will, muss man sich der Aggregatsbetrachtung zuwenden. Die Wirkung der unter Idealbedingungen beschriebenen Tendenz wird erst in der Beobachtung eines Durchschnitts einer Vielzahl von Fällen sichtbar, denn hier neutralisieren sich die anderen Störfaktoren gegenseitig, welche die beschriebene Tendenz<sup>32</sup> verdunkeln.<sup>33</sup> Das Rationalmodell sagt dann nur noch den Mittelwert einer Verteilung von Handlungen vieler Menschen sinnvoll vorher.<sup>34</sup>

Nehmen wir nur zur Illustration an, das Rationalmodell werde angewendet, um die Gebote in einer Auktion vorherzusagen, und seine Vorhersage laute angesichts der Rahmenumstände „10“. Nun sollte man also nicht annehmen, dass alle realen Bieter 10 bieten werden. Vielmehr müsste man annehmen, die Gebote streuten zufällig um 10. Vielleicht bietet ein Bieter mal wie im Rausch, ein anderer ist sehr zurückhaltend. Einer lässt sich durch die Gebote seiner Mitbieter einschüchtern, ein anderer von ihnen mitreißen usw. Aber im Mittel bieten Bieter auf der Auktion 10. Wenn das Rationalmodell die Handlungen im Mittel richtig vorhersagt, macht es zutreffende Vorhersagen im Aggregat.

Wenn die Handlungen zufällig um einen Mittelwert streuen, lässt sich, weil der Zufall typischerweise Normalverteilungen produziert, normalerweise auch sagen, dass Verhalten nah an der Vorhersage des Rationalmodells das häufigste

<sup>27</sup> *Mill*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 41–58, 56–57.

<sup>28</sup> *Hausman*, *Journal of Economic Perspectives* 1989, 115–127, 116; *Mill*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 41–58, 49.

<sup>29</sup> *Hausman*, *Journal of Economic Perspectives* 1989, 115–127, 116.

<sup>30</sup> *Mill*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 41–58, 46.

<sup>31</sup> *Mill*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 41–58, 46.

<sup>32</sup> *Reiss*, *Philosophy of Economics*, 96. Die Kausalität, nach der die Sozialwissenschaften suchen, wandelt sich so in eine Tendenz (*Reiss*, *Philosophy of Economics*, 94, 96). Die sozialwissenschaftlichen „Tendenzen“ sind kausale Faktoren, die ihre Wirkung im Vergleich zu einem kontrafaktischen Zustand beweisen, in dem sie nicht wirken (*Reiss*, *Philosophy of Economics*, 98). Weil dieser kontrafaktische Zustand aber unbeobachtbar ist, bedeutet das Arbeiten mit Tendenzen ein Abrücken vom empiristischen Standpunkt (*Reiss*, *Philosophy of Economics*, 98–99). Dass das Kausalitätskonzept sich verändert, wird auch daran erkennbar, dass sich die Unterscheidung zwischen notwendigem und hinreichendem Grund – nach verbreiteter Auffassung ist eine Ursache ein sowohl notwendiger als auch hinreichender Grund – bei der Betrachtung von Tendenzen auflöst. Die Betrachtung von Tendenzen ist notwendig probabilistisch. Tendenzen sind weder notwendig noch hinreichend für das Auftreten eines Phänomens, sondern erhöhen schlicht seine Häufigkeit im Aggregat (*Skyrmes*, *Choice and Chance*, 134).

<sup>33</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 117.

<sup>34</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 109–110.



Verhalten ist und damit die im Einzelfall (subjektiv) wahrscheinlichste Handlung sein wird.<sup>35</sup> Noch hilfreicher ist der Umstand, dass in Normalverteilungen der Median gleich dem Mittelwert ist. Der Median ist der Wert, der die nach Größe geordneten beobachteten Werte genau in zwei gleich große Hälften teilt. Wenn sich also herausstellt, dass in dem Auktionsbeispiel die Werte tatsächlich um das vom Rationalmodell vorhergesagte Gebot von 10 streuen, 10 also der Median der beobachteten Gebote ist, kann man sagen, dass in 50 % der Fälle ein Gebot von 10 oder weniger abgegeben wird. Das ist für das Beweisrecht interessant. Nehmen wir an, es steht fest, dass das Rationalmodell in der Vergangenheit den Mittelwert der normalverteilten Beobachtungen immer richtig vorhergesagt hat. Dann kann man die Vorhersage des Medians als Vorhersage der Häufigkeit von Fällen interpretieren, die kleiner oder gleich der rationaltheoretischen Vorhersage sind. Daraus kann man schließen, dass es eine durch die um zuverlässige Methoden verlängerte Straight Rule gerechtfertigte Anfangswahrscheinlichkeit ist, dass ein beliebiger Bieter mit 50 % Wahrscheinlichkeit ein Gebot von 10 oder weniger abgeben werde. Die Orientierung am Median kann beim Beweismaß der überwiegenden Überzeugung schon Erfahrungssätze begründen, die den Anscheinsbeweis tragen. Bei höherem Beweismaß – etwa von 84 % – müsste man den Wert zugrunde legen, der die Verteilung so teilt, dass eben 84 % der Werte kleiner oder gleich dem betreffenden Wert wären. Das Problem ist, dass man hier eine Aussage über die Streubreite braucht, um den Wert zu finden, der die Verteilung so teilt, dass der rechte Teil 84 % der Beobachtungen enthält. Die Streubreite kann man nach der Straight Rule aus historischen Daten erschließen.

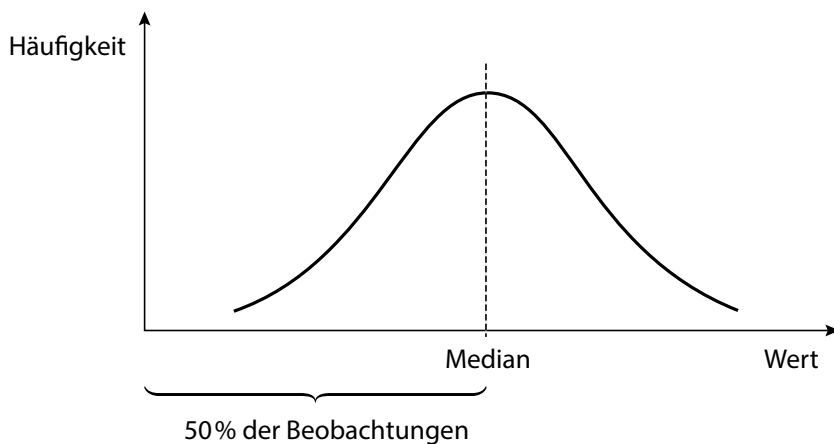


Abbildung 10: Breite Streuung um den Mittelwert.

Nun nutzt man das Rationalmodell oft gerade in Situationen für Vorhersagen, in denen Daten zur Häufigkeit von bestimmtem Verhalten fehlen. Häufig mo-

<sup>35</sup> Mill, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 41–58, 54–55.

delliert man gerade deshalb theoretisch, weil man eine Vorhersage treffen möchte, obwohl man keine Daten hat. Kann das Rationalmodell auch dort bestimmte Anfangswahrscheinlichkeiten rechtfertigen, wo Daten fehlen? Ich bin der Ansicht es kann – aber nur zu erheblichen Einbußen in der Präzision. Voraussetzung ist zunächst, dass das Rationalmodell in ähnlichen Kontexten in der Vergangenheit häufig zutreffende Vorhersagen über den Verteilungsmittelwert gemacht hat. Daraus ergibt sich eine gewisse Überzeugung, dass es den Median auch diesmal zutreffend vorhersagt. Aber nun haben wir gesehen, dass der Median nicht genügt, um eine starke Überzeugung im Einzelfall zu rechtfertigen. Für eine starke Überzeugung brauchen wir Informationen über die Streubreite. Wie kann man diese Informationen ohne Datenerhebung bekommen? Das Rationalmodell soll die einflussreichste „Handlungstendenz“ beschreiben. Die Streuung um seine Vorhersage entsteht durch weitere Tendenzen, die man um der Klarheit der Vorhersage willen ignoriert. Je weniger plausibel andere Tendenzen im Einzelfall wirken, desto mehr Beobachtungen sollten nah an der Vorhersage des Rationalmodells liegen. Je weniger plausibel also andere Tendenzen sind, desto schmaler die Verteilung. Wenn man argumentieren kann, dass die Situation für die Handelnden leicht zu verstehen ist, so dass sie nur sehr selten Fehler machen, soziale Präferenzen keine Rolle spielen und kognitive Verzerrungen sich im betreffenden Fall nicht auswirken dürften, dann sollte man von einer sehr schmalen Streuung um die Vorhersage des Rationalmodells ausgehen. Wenn in der Auktion eine Wirkung all der genannten weiteren Handlungstendenzen nicht plausibel ist, liegen vielleicht alle Gebote zwischen 8 und 12, so dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafürspricht, dass ein zufällig gezogener Bieter ein Gebot von 11 oder weniger abgibt.

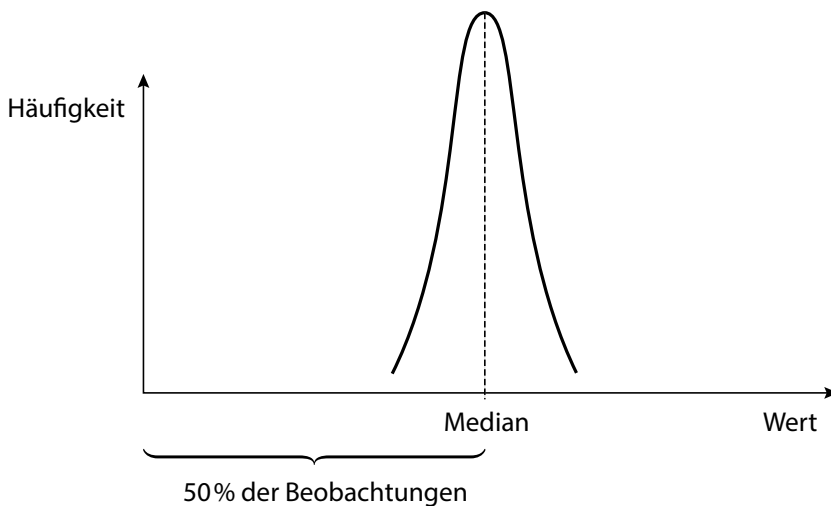


Abbildung 11: Schmale Streuung um den Mittelwert.

Wann aber genau eine Verteilung breit ist und wann schmal, bleibt – und hier geht die Präzision verloren – „educated guesswork“. Selbst bei vollständiger Abwesenheit von weiteren Handlungstendenzen wird es in menschlichem Verhalten zu zufälliger Streuung kommen. Irgendwann löst sich also auch diese Anfangswahrscheinlichkeit im unergründlichen Hintergrundwissen des Betrachters auf.

Schon bei der Wahl der Referenzklasse ist klar geworden, dass man bei der Begründung von Überzeugungen oft über die Formulierung von Daumenregeln nicht hinauskommt. Dort wurde zur Rechtfertigung dieses Umstands vorgetragen, dass hier der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff ja gerade deshalb vertreten wird, weil Überzeugungen nicht eindeutig begründbar sind. So ist es auch hier. Und die Daumenregel, die man zum epistemischen Gehalt des Rationalmodells formulieren kann, lautet: Lässt sich begründen, dass in einem konkreten Kontext weitere Handlungstendenzen neben der Eigennutzmaximierung nicht plausibel erscheinen, dann sollte man davon ausgehen, dass eine große Mehrheit der Handelnden die vom Rationalmodell vorhergesagte Handlung an den Tag legt. In diesen Situationen kann die rationaltheoretische Vorhersage eine hohe Anfangswahrscheinlichkeit stützen.

Damit wird schon hier klar, dass sich die Frage, ob Vorhersagen aufgrund des Rationalmodells zur Rechtfertigung von hohen Überzeugungen geeignet sind, nicht abstrakt-generell beantworten lässt. Vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, wie erfolgversprechend die Anwendung des Rationalmodells ist. Bevor aber die Verwendung des Rationalmodells als Erfahrungssatz überhaupt in Betracht gezogen werden kann, ist zu klären, ob es nicht epistemisch „leer“ ist, wie ihm zuweilen vorgeworfen wird.

## 2. Überzeugungen und Bedürfnisse können Ursachen sein

Das Rationalmodell formalisiert eine tief in unserem Alltagswissen verankerte Erklärung menschlichen Handelns. Menschen handeln, weil sie der Überzeugung sind, mit ihren Handlungen der Befriedigung ihrer Bedürfnisse zu dienen. In der Frühphase der Ökonomie beschränkte man die Anwendung dieser Erklärung zum Teil auf Vermögensvermehrung.<sup>36</sup> Aber es gibt keinen Grund, sich auf das Bedürfnis der Vermögensvermehrung zu beschränken, solange kein entscheidender Unterschied zwischen diesem und anderen Bedürfnissen erkennbar ist. Wir haben mehr erkennbare Bedürfnisse als die Vermehrung unseres Vermögens und daher können wir auch diese nutzen, um Handlungen zu erklären. Entsprechend hält man das Rationalmodell heute – wie den Satz der Alltagspsychologie, auf dem es fußt – grundsätzlich auf alle denkbaren Handlungen und Bedürfnisse für anwendbar.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Mill, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 41–58, 42–43.

<sup>37</sup> Rosenberg, *Philosophy of Social Science*, 95. Der Name, der paradigmatisch für die

Damit das Rationalmodell auch in der Beweiswürdigung entscheidend berücksichtigt werden kann, muss ihm der Status eines Erfahrungssatzes zukommen. Die Anwendung des Rationalmodells muss Wissen oder zumindest einen durch das Principal Principle bzw. seine pragmatischen Adaptionen vermittelten bestimmten erhöhten Überzeugungsgrad über die Handlung von Menschen vermitteln. Im Rahmen der hier zu Grunde gelegten reliabilistischen Erweiterung der Straight Rule bedeutet das, das Rationalmodell müsste – gegebenenfalls im Rahmen eines zu beschreibenden Anwendungsbereichs – häufig richtige Vorhersagen machen. Damit fällt das Kriterium, an dem das Rationalmodell für die hier anvisierte Verwendung in der Beweiswürdigung zu messen ist, mit dem Maßstab zusammen, an dem sich der naturalistische Zweig der Sozialwissenschaften orientiert: Vorhersagekraft.<sup>38</sup>

Damit das Rationalmodell einen Erfahrungssatz bzw. ein leistungsstarkes wissenschaftliches Instrument darstellt, müsste es also eine Kausalbeziehung zwischen Bedürfnissen und Überzeugungen von Menschen einer- und ihren Handlungen andererseits beschreiben und für Vorhersagen fruchtbar machen. Man müsste also annehmen, dass menschliches Handeln durch das bedingt wird, was Menschen wollen und was sie über die Beschränkungen, denen die Welt ihr Wollen unterwirft, wissen.<sup>39</sup> Damit könnten Handlungsgründe Ursachen werden.<sup>40</sup> Ob diese Strategie erfolversprechend ist, ist in den Sozialwissenschaften umstritten.

Die Vertreter des hermeneutischen Ansatzes in den Sozialwissenschaften<sup>41</sup> halten das Projekt, Gründe als Ursachen zu interpretieren, für aussichtslos. Gründe seien von Kausalgesetzen grundverschieden, denn sie verursachten nicht Verhalten, sondern rechtfertigten das Handeln einer Person als ratio-

---

allumfassende Anwendbarkeit der ökonomischen Methode auf alle Arten menschlichen Handelns steht, ist Gary S. Becker: *Becker*, *The Journal of Political Economy* 1973, 813–846 (Eheschließung bzw. Partnerwahl); *Becker*, *The Journal of Political Economy* 1968, 169–217 (Kriminalität und ihre Bekämpfung); *Becker*, *The Economic Journal* 1965, 493–517 (Zeitmanagement); *Becker*, *Journal of Political Economy* 1962, 9–49 (Bildung); *Becker*, in: National Bureau for Economic Research (Hrsg.), *Demographic and economic change in developed countries*, 209–240 (Fortpflanzung).

<sup>38</sup> Zur Abgrenzung des naturalistischen vom interpretierenden Zweig der Sozialwissenschaften *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 6.

<sup>39</sup> *Reiss*, *Philosophy of Economics*, 30.

<sup>40</sup> *Reiss*, *Philosophy of Economics*, 31.

<sup>41</sup> In den Sozialwissenschaften gibt es zwei Strömungen (*Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, Kapitel 2): einen „hermeneutischen“ Ansatz, der den Schwerpunkt auf das interpretierende Verstehen sozialer Handlungen legt (*Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 23 ff.) und einen „naturalistischen“ Ansatz, der auf die Beschreibung kausaler Wirkmechanismen zielt (*Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 13–14) und in dem erfolgreiche Vorhersagen als Maß der erfolgreichen Erklärung gelten (*Hausman*, *Journal of Economic Perspectives* 1989, 115–127, 115; *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 13–14; für die Ökonomie radikal, aber klassisch: *Friedman*, in: Hausman [Hrsg.], *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 145–178, z. B. 149 f.).

nal.<sup>42</sup> Eine wissenschaftlich kausale Erklärung von Handlungen durch Gründe und Überzeugungen sei vor allem deshalb nicht möglich, weil Gründe in Form von Bedürfnissen und Überzeugungen die Handlung definierten. Handlungen seien als zielgerichtet von bloßem Verhalten zu unterscheiden. Sie seien also gerade deshalb Handlungen, weil sie rational begründet seien. Diese Gründe seien deshalb von der Handlung selbst nicht zu unterscheiden, sondern eben Teil des Handlungsbegriffs selbst. Elemente der Handlungsdefinition können aber nicht selbständige Ursachen der Handlung sein, sondern seien eher Begriffselemente des Untersuchungsgegenstands.<sup>43</sup> Besonders offensichtlich wird dieser Einwand in Anwendung auf das sogenannte Konzept der *revealed preferences*. Dieses erlaubt es, die Präferenzen aus den Handlungen eines Akteurs abzulesen und sie als rational zu interpretieren. Dabei trifft die Methode schlicht die Aussage, dass der Agent das bevorzugt, was er gewählt hat. Die Präferenzen werden damit gleichbedeutend mit einer Handlungsneigung, die von der Handlung nicht mehr zu unterscheiden ist. Revealed preferences erschöpfen sich in einer Konsistenzanforderung an die Handlungen bei der Fiktion von Rationalität.<sup>44</sup>

Tatsächlich sind Handlungsgründe aber von der Handlung durchaus zu unterscheiden. Diese Unterscheidung mag im Extremfall des Begriffs der revealed preferences kaum noch erkennbar sein. Die Befürchtung, dass eine „Theorie“, die unmittelbar aus Handlungen auf Gründe schließt, anhand dieser Gründe alle Handlungen erklären kann, so dass sie nichts erklärt, erscheint mit Blick auf revealed preferences nicht ganz unberechtigt. Aber die Spieltheorie arbeitet zumeist mit dem Erwartungsnutzenkonzept von *von Neumann* und *Morgenstern*, das, wie schon dargestellt, annimmt, der Agent maximiere eine Nutzenfunktion, die auf den Axiomen der Vollständigkeit, der Transitivität und der Unabhängigkeit aufbaut.<sup>45</sup> Hinzu tritt zumeist noch eine Annahme der Stabilität der Präferenzordnung, nach der es unzulässig ist, Handlungsänderungen mit einer Änderung der Präferenzordnung zu erklären.<sup>46</sup> Handlungsänderungen können dann nur mit der Veränderung von Restriktionen erklärt werden, denen der Agent bei der Maximierung seines Nutzens begegnet. Diese Formalisierung der Handlungsgründe stellt so hohe Anforderungen an die Konsistenz der Handlungen, dass die Selbständigkeit der rationalen Gründe gegenüber den Handlungen gewährt ist. Das Rationalmodell kann in dieser Form nicht mehr jede Handlung erklären, sondern begrenzt den Raum der auf seiner Grundlage vorhersagbaren Handlungen drastisch.<sup>47</sup> Damit gewinnt es Inhalt und Kontur.

<sup>42</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 43 f.

<sup>43</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 60.

<sup>44</sup> *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 441.

<sup>45</sup> Vgl. oben zweiten Absatz in § 6 I.

<sup>46</sup> *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 25–43, 28.

<sup>47</sup> *Reiss*, *Philosophy of Economics*, 31.

Die behauptete Leere der Gleichsetzung von Gründen und Ursachen schlägt sich auch in einem weiteren Problem nieder, das sich ebenfalls besonders am Konzept der revealed preferences zeigt: Man braucht das Rationalmodell nicht nur zur Erklärung von Handlungen, sondern zugleich zur Feststellung der Handlungsgründe.<sup>48</sup> Nur die Handlung manifestiert sich nach außen.<sup>49</sup> Nur aus ihr kann man daher per Rationalitätsannahme auf die Überzeugungen und Bedürfnisse schließen. Wenn sich nun das behauptete Kausalgesetz, welches das Rationalmodell beschreiben soll, angesichts der beobachteten Handlungen, Überzeugungen und Bedürfnisse als falsch herausstellt, erweisen sich auch die Beobachtungen von Überzeugungen und Bedürfnissen selbst, die man nur auf Grundlage des falsifizierten Kausalitätsgesetzes machen konnte, als falsch.<sup>50</sup> So scheint sich jede Falsifizierung selbst zu disqualifizieren: Das Gesetz wird nur falsifiziert auf der Grundlage ungültiger Beobachtungen. Dieser Umstand immunisiert die kausale Verknüpfung von Bedürfnissen und Überzeugungen einer- und Handlungen andererseits gegen Falsifizierung und soll so die Unwissenschaftlichkeit des Rationalmodells entlarven.<sup>51</sup>

Der Anspruch, dass eine erklärende Hypothese selbst leicht falsifizierbar ist, ist allerdings einer, den auch die Naturwissenschaften nicht ohne weiteres einlösen.<sup>52</sup> Wie *Quine*<sup>53</sup> einflussreich beschrieben hat, ist die Idee, dass sich einzelne Annahmen wie das Rationalmodell oder auch einzelne Theorien testen und falsifizieren lassen, eine Illusion, denn ein Test wird immer ein ganzen Bündel an Theorien gemeinsam testen.<sup>54</sup> Scheitert der Test, kann er keine Aussage darüber treffen, welche Theorie oder Annahme genau falsch war.<sup>55</sup> Ob der Ausgang eines physikalischen Experiments richtig vorhergesagt wird, basiert nicht nur auf der Theorie, der die zentral interessierende Hypothese entnommen ist, sondern auch etwa auf den Theorien, die das Funktionieren der Messinstrumente beschreiben. Ist der Ausgang ein anderer als der erwartete, klärt der Test selbst nicht, ob die Theorien über die Messvorgänge falsch waren oder die über den Messgegenstand. Diese Einsicht ist einer der Gründe, die zu einer weitgehenden Ablehnung des Popper'schen Wissenschaftlichkeitskriteriums der Falsifizierbarkeit in der Wissenschaftsphilosophie geführt hat,<sup>56</sup> auch

<sup>48</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 48.

<sup>49</sup> Auch Sprechakte sind Handlungen, so dass prinzipiell nichts anderes gilt, wenn man den Akteur nach seinen Präferenzen fragt.

<sup>50</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 49.

<sup>51</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 52.

<sup>52</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 68.

<sup>53</sup> *Quine*, *The Philosophical Review* 1951, 20–43.

<sup>54</sup> Zu *Quines* Argument *Cross*, in: *Hands/Davis/Mäki* (Hrsg.), *The Handbook of Economic Methodology*, 107–110; *Godfrey-Smith*, *Theory and Reality*, 31 ff.

<sup>55</sup> *Cross*, in: *Hands/Davis/Mäki* (Hrsg.), *The Handbook of Economic Methodology*, 107–110, 109; *Godfrey-Smith*, *Theory and Reality*, 31 f.

<sup>56</sup> *Godfrey-Smith*, *Theory and Reality*, 64–66.

wenn dieses Kriterium in der wissenschaftlichen Praxis weiterhin sehr einflussreich ist.<sup>57</sup>

Die Behauptung der Unfalsifizierbarkeit des Rationalmodells ist ihrerseits empirisch widerlegt. Tatsächlich wurde empirisch und replizierbar – vor allem in Laborexperimenten – festgestellt, dass das Rationalmodell in bestimmten Kontexten unzutreffend ist. Es sagt in allgemein beschreibbaren Kontexten den Mittelwert der Verteilung der Handlungen von verschiedenen Menschen unzutreffend vorher.<sup>58</sup> Diese Ergebnisse werden im Grundsatz auch von Vertretern des Rationalmodells anerkannt,<sup>59</sup> auch wenn über die Reichweite ihrer Interpretation und Verallgemeinerbarkeit im Einzelnen gestritten wird.<sup>60</sup> Nun drängt sich die Frage auf, ob nicht dann das Rationalmodell an sich falsifiziert und daher ad acta zu legen sei.<sup>61</sup> Aber dieser Schluss ist voreilig. Viel eher ist der Prozess, in dem immer mehr Konstellationen beschrieben werden, in denen nicht-rationale Modelle menschliches Verhalten besser beschreiben als das Rationalmodell und diese Erkenntnisse sukzessive Eingang in mehr und mehr Partialmodelle erhalten, als eine Klärung der Randbedingungen des Rationalmodells zu verstehen. Es bleiben Kontexte, in denen das Rationalmodell verlässliche Vorhersagen macht, vor allem in Marktsituationen mit erfahrenen Akteuren<sup>62</sup>, und es werden Kontexte beschrieben, in denen es vorhersehbar versagt, vor allem in Situationen individueller Entscheidungsfindung<sup>63</sup> und bei Konsumententscheidungen<sup>64</sup>. Aus den „Falsifizierungsbefunden“ folgt daher die Möglichkeit, aber auch die Pflicht einer differenzierteren Prüfung, ob das Rationalmodell in den zu untersuchenden Kontexten gute Vorhersagen machen wird oder nicht (vgl. dazu schon oben unter § 6 I. 1. am Ende und sogleich unter § 6 I. 3. zum Instrumentalismus). Dieser Ansatz ist offensichtlich inkompatibel mit dem Popper'schen Deduktivismus. Dieser aber ist nicht nur abzulehnen, weil der Test von isolierten Theorien unmöglich ist, sondern auch, weil nicht

<sup>57</sup> Eine Beobachtung, die *Godfrey-Smith*, *Theory and Reality*, 57 berichtet, der allerdings Philosoph und kein empirisch arbeitender Wissenschaftler ist.

<sup>58</sup> Für einen älteren Überblick über die Laborbefunde vgl. *Camerer*, in: *Blundell/Newey/Persson* (Hrsg.), *Advances in Economics and Econometrics*, 180–219, 185. Für einen Überblick über Befunde aus dem Feld *DellaVigna*, *Journal of Economic Literature* 2009, 315–372. Ausführlich ferner *Camerer*, *Behavioral Game Theory*.

<sup>59</sup> Zum Beispiel *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 118 ff.

<sup>60</sup> Zum Beispiel *Mitchell*, *Georgetown Law Journal* 2002, 67–167; *Posner*, *Stanford Law Review* 1998, 1551–1575; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 127 ff.

<sup>61</sup> Vgl. das Zugeständnis der Falsifizierung in der Einleitung von *Plott*, *The Journal of Business* 1986, 5301–5327, der dann dennoch einen ganzen Artikel über das Rationalmodell schreibt.

<sup>62</sup> *Al-Ubaydli/List*, in: *Banerjee/Duflo* (Hrsg.), *Handbook of Field Experiments*, 271–307; *Plott*, *The Journal of Business* 1986, 5301–5327, 306 ff.; *Smith*, *Journal of Political Economy* 1991, 877–897.

<sup>63</sup> *Camerer*, *Experimental Economics* 1998, 163–183.

<sup>64</sup> *DellaVigna*, *Journal of Economic Literature* 2009, 315–372.

überzeugend ist, dass Theorien, die viele Falsifikationsversuche überstanden haben, nicht wahrscheinlicher werden. Nach *Popper* werden sie das nicht, weil Induktion unmöglich ist. Deswegen kam er ja überhaupt auf seinen deduktiven Ansatz. Wenn aber getestete Theorien wahrscheinlicher werden, ist Induktion möglich. Und wenn Induktion grundsätzlich möglich ist, kann man auch Induktion in Reinform betreiben und also die Randbedingungen klären, unter denen ein Effekt wiederholt auftritt. Dieser Ansatz wurde zum Beispiel in Analogie zur Kartographie und unter dem Stichwort „Mapping“ für politikberatende Sozialforschung vorgeschlagen.<sup>65</sup> Damit ist die Feststellung, dass das Rationalmodell in bestimmten Kontexten schlechte Vorhersagen macht, für das Rationalmodell solange kein grundsätzliches Problem, wie auch Bedingungen beschrieben werden können, unter denen es gute Vorhersagen macht.

Schließlich ist die alltagspsychologische Verwendung von Gründen als Ursachen einem tiefen philosophischen Problem unterworfen: Die Überzeugungen und Bedürfnisse von Menschen, mithin ihre Gründe, haben propositionalen Gehalt.<sup>66</sup> Das bedeutet, sie enthalten oder beruhen auf Behauptungen über die Welt. Sie sind auf die Welt gerichtet. Die Philosophie nennt solche mentalen Zustände „intentional“.<sup>67</sup> Der intentionale Gehalt von Gründen ist sprachlich repräsentierbar, hat aber die Eigenschaft, dass seine Wahrheit von der konkreten Formulierung abhängt: Wenn man bestimmte Elemente der Aussage durch Synonyme ersetzt, kann es sein, dass die Aussage nicht mehr das Bedürfnis oder die Überzeugung des Individuums beschreibt, das den Grund empfand.<sup>68</sup> Das soll daran liegen, dass der individuelle Informationsstand unterschiedlicher Menschen ebenfalls unterschiedlich ist, so dass die Formulierung des mentalen Zustands von der Perspektive des Subjekts abhängig wird.<sup>69</sup> *Lois Lane* liebt eben nur *Superman* und nicht *Clark Kent*, obwohl die Begriffe *Clark Kent* und *Superman* dieselbe Person bezeichnen.<sup>70</sup> Damit erscheint eine korrekte Beschreibung der Handlungsgründe unmöglich, denn eine korrekte Formulierung der Handlungsgründe würde voraussetzen, dass der Forscher die Handlungsgründe mit exakt der Formulierung beschriebe, die auch das Individuum selbst wählen würde.<sup>71</sup>

Allerdings erweist sich dieses Problem als Übertreibung. Gerade dass viele Ergebnisse der Verhaltensökonomik verlässlich und replizierbar sind,<sup>72</sup> zeigt,

<sup>65</sup> *Mitchell*, Michigan State Law Review 2003, 1065–1148, 1083 ff.

<sup>66</sup> *Rosenberg*, Philosophy of Social Science, 62.

<sup>67</sup> *Rosenberg*, Philosophy of Social Science, 62.

<sup>68</sup> *Rosenberg*, Philosophy of Social Science, 65–66.

<sup>69</sup> *Rosenberg*, Philosophy of Social Science, 65.

<sup>70</sup> *Rosenberg*, Philosophy of Social Science, 64–65.

<sup>71</sup> *Rosenberg*, Philosophy of Social Science, 66.

<sup>72</sup> Vgl. zum Beispiel den in Tabellenform zusammengefassten Überblick über Metastudien in *Mitchell*, in: Teitelbaum/Zeiler (Hrsg.), Research Handbook on Behavioral Law and Economics, 459–475. Vgl. auch *Camerer/Dreber/Forsell* u. a., Science 2016, 1433–1436.



dass die Handlungsgründe im Mittel offenbar doch „allgemein“ sind. Es ist nicht garantiert, dass alle Versuchsteilnehmer die Situation mental so repräsentieren, wie der Versuchsleiter es sich vorstellt. Einige Versuchsteilnehmer handeln erratisch, andere in einer Struktur, die unerklärlich erscheint. Aber im Mittel handeln Versuchsteilnehmer oft konsistent mit der vom Versuchsleiter angenommenen mentalen Repräsentation. Eine gute Erklärung für diese Konsistenz ist, dass der Versuchsleiter die Handlungsgründe eines erheblichen Anteils der Teilnehmer zutreffend und allgemein vorhergesehen und im Versuchsaufbau repräsentiert hat. So wie sich also bei der Aggregatsbetrachtung nicht interessierende „Tendenzen“ im Sinne von Verhaltensstimuli wie Emotionen, Irrtümer, fehlendes Wissen usw. herausmitteln, so scheinen sich bei der Aggregatsbetrachtung auch ungewöhnliche Perspektiven auf eine Situation herauszumitteln und legen den Blick auf eine „typische“ mentale Repräsentation frei.

Das Rationalmodell ist damit nicht leer, sondern eignet sich prinzipiell zur epistemischen Rechtfertigung von richterlichen Überzeugungen.

### 3. Was ist ein Modell?

Die Beschreibung der genannten Tendenzen *ceteris paribus* leisten in den Sozialwissenschaften, vor allem in der Ökonomie, Modelle. Sie reduzieren Komplexität drastisch. Dazu kann man – nach dem klassischen Ansatz – entweder Einzelheiten des Sachverhalts, die man mit Blick auf die eigene Frage für unwesentlich hält, in der Analyse ignorieren, sog. aristotelisches Modell.<sup>73</sup> Das Rationalmodell ignoriert zum Beispiel einfach andere Motive als die Eigennutzmaximierung. Man kann aber auch komplexe Strukturen des Sachverhalts durch einfache Setzungen ersetzen, sog. galileisches Modell.<sup>74</sup> Die transitive Präferenzordnung im Rationalmodell ist sicher so eine idealisierende Setzung.

Die Lösung von der Realität durch Idealisierung macht den epistemischen Status von Modellen unsicher. Auch das zieht ihren Nutzen bei der Beweiswürdigung in Zweifel. Soll im Prozess die Wahrheit festgestellt werden, kann man nur aus wahren Realitätsbeschreibungen auf die Wahrheit weiterer Tatsachenbehauptungen schließen, so scheint es. Dass Idealisierung Modelle von der Realität entfernt, bedeutet aber vor allem, dass Modelle nicht wahr oder falsch sind.<sup>75</sup> Sie sind nützlich oder unnütz.<sup>76</sup> Ob sie nützlich sind, lässt sich nur an-

<sup>73</sup> Frigg, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1.

<sup>74</sup> Frigg, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1.

<sup>75</sup> Friedman, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 145–178, 153; Frigg, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1; Godfrey-Smith, *Theory and Reality*, 179ff.

<sup>76</sup> Friedman, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 145–

hand eines klar benannten Erkenntnisinteresses beurteilen.<sup>77</sup> Für den Zweck der Bildung von gerichtlich verwertbaren Erfahrungssätzen, die eine Überzeugung des Richters stützen, ist ein Modell nützlich, das häufig den richtigen Induktionsschluss zieht: Es macht oft in einer bestimmten, durch Randbedingungen näher definierten, Referenzklasse richtige Vorhersagen.

In der Ökonomie ist in diesem Sinne bisweilen ein radikaler Instrumentalismus vertreten worden. Nach *Friedman* ist sein Vorhersageerfolg auf dem ihm zgedachten Gebiet das einzige Kriterium für die Qualität eines Modells.<sup>78</sup> Der Realismus der Annahmen, auf deren Grundlage das Modell die Vorhersagen generiert, soll dagegen vollkommen unerheblich sein.<sup>79</sup> Dieser radikale Instrumentalismus erscheint vor allem aus zwei Gründen wenig überzeugend.

Erstens entzieht er sich der Frage nach dem sinnvollen Anwendungsbereich eines Modells durch blinden Verweis auf einen nicht näher genannten Akteur – den Schöpfer des Modells vielleicht oder allgemein den Forscher, der dem Modell einen Zweck beimisst, der nicht expliziert wird.<sup>80</sup> Damit verweigert der radikale Instrumentalismus Kriterien für das Auffinden von Kontexten, in denen das Modell gute Vorhersagen machen kann. Stellt man dagegen die Frage nach dem sinnvollen Anwendungsgebiet für ein Modell offen, wird klar, dass sich das Anwendungsgebiet allein danach richten kann, ob die Annahmen des Modells für das Erkenntnisinteresse des Anwenders als „ausreichend nah“ an der Realität gelten können.<sup>81</sup> Nur wenn das der Fall ist, sind häufig zutreffende Vorhersagen durch das Modell zu erwarten. „Ausreichend nah“ an der Realität liegen die Annahmen dann, wenn die Faktoren, die angesichts der bisherigen Kenntnisse für das Erkenntnisinteresse des Anwenders als relevant erscheinen, im Modell ausreichend genau abgebildet sind, während nur Faktoren ausgeblendet werden, die aufgrund des bisherigen Wissens irrelevant erscheinen.<sup>82</sup> Nach der Anwendung lässt der radikale Instrumentalismus den Anwender bei Scheitern der Vorhersage im Stich. Wird ein Modell auf einen Sachverhalt angewendet und

178, 153; *Frigg*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1.

<sup>77</sup> *Frigg*, in: Zalta/Nodelman/Allen u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, unter 1.1.

<sup>78</sup> *Friedman*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 145–178, 149 f., 155. Dazu *Hausman*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 183–187, 184; *Hausman*, *Journal of Economic Perspectives* 1989, 115–127, 120.

<sup>79</sup> *Friedman*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 145–178, 153, 156.

<sup>80</sup> *Hausman*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 183–187, 184.

<sup>81</sup> *Hausman*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 183–187, 185.

<sup>82</sup> *Hausman*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 183–187, 185; *Hausman*, *Journal of Economic Perspectives* 1989, 115–127, 121; *Nagel*, *American Economic Review Papers and Proceedings* 1963, 211–219, 215; *Simon*, in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 179–182, 181.

führt entgegen der Erwartung nicht zu erfolgreichen Vorhersagen, bietet der Instrumentalismus keine Orientierung für eine planvolle Verbesserung des Modells. Es scheint vielmehr, als läge dem radikalen Instrumentalismus die Vorstellung zu Grunde, es werde zufällig modelliert, vorhergesagt und die Modelle bewahrt, die in diesem Prozess am erfolgreichsten vorhergesagt. Aber Modelle, die letztlich zufällig gute Vorhersagen treffen, bieten keine Erklärung, und schon gar keine kausale (falls eine solche im Erkenntnisinteresse des Anwenders liegt). Wer anhand von Schattenlängen und Sonnenständen die Höhe von Fahnenstangen „vorhersagt“,<sup>83</sup> hat sicheren Vorhersageerfolg, sagt aber nichts über die Ursachen von Fahnenstangenhöhen aus. Die Forderung, dass die Annahmen des Modells angesichts des Erkenntnisinteresses ausreichend nah an der Realität liegen, zwingt dagegen zur Schlussfolgerung, im Fall fehlenden Vorhersageerfolgs die Annahmen näher an die Realität zu rücken und so den Vorhersageerfolg des Modells zu verbessern.<sup>84</sup>

Am ehesten lässt sich das Argument gegen den radikalen Instrumentalismus vielleicht an einem Beispiel von *Rosenberg*<sup>85</sup> aus der Physik illustrieren:

Die thermische Zustandsgleichung idealer Gase beschreibt den Zusammenhang von Druck, Volumen, Temperatur und Masse von idealen Gasen. Das Modell idealisiert stark. Ihm liegt erstens die Annahme zugrunde, die Gasmoleküle seien Punktmassen, Teilchen ohne räumliche Ausdehnung. Zweitens vernachlässigt das Modell die Anziehungskraft zwischen den Gasmolekülen. Beide Annahmen sind völlig unrealistisch.

Dieses Modell führt in Fällen zu guten Vorhersagen, in denen die Idealisierungen erkennbar unschädlich sind. Das ist der Fall, wenn die Dichte (Masse pro Volumen) des betrachteten Gases relativ gering ist. Dann sind die Gasmoleküle so weit voneinander entfernt, dass weder ihr Volumen noch ihre Anziehungskraft eine entscheidende Rolle für den Zusammenhang von Druck, Volumen, Temperatur und Masse des Gases spielen. Die Annahmen des Modells liegen bei geringer Dichte ausreichend nah an der Realität. Das ist der Grund, warum es hier allgemein genutzt wird. Die bloße Beobachtung, dass Forschung und Ingenieure gerade unter Normalbedingungen auf die Zustandsgleichung idealer Gase zurückgreifen, bliebe, auch wenn man dabei einen guten Vorhersageerfolg beobachtete, ohne eine Betrachtung des Realismus der Annahmen völlig unverständlich.

Soll dagegen das Verhalten einer großen Gasmenge auf kleinem Volumen, d. h. einer Gasmenge mit hoher Dichte beschrieben werden, führt die Zustandsgleichung idealer Gase zu falschen Vorhersagen. Blickte man nicht darauf, wie realistisch die Annahmen des Modells sind, wäre nur geklärt, dass das Modell

<sup>83</sup> *Godfrey-Smith*, *Theory and Reality*, 193.

<sup>84</sup> *Hausman*, *Journal of Economic Perspectives* 1989, 115–127, 121; *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 114.

<sup>85</sup> *Rosenberg*, *Philosophy of Social Science*, 113 f.

offenbar schlecht ist. Aber die Forderung nach Annahmen, die ausreichend nah an der Realität liegen, eröffnet den Weg zur Verbesserung der Vorhersagen: wenn die Dichte hoch ist, liegen die Gasmoleküle nah aneinander, so dass ihr Volumen und ihre gegenseitige Anziehung berücksichtigt werden müssen. Genau das tut das deutlich kompliziertere, auf *van der Waals* zurückgehende, thermische Zustandsgesetz *realer* Gase.

Das Beispiel verdeutlicht also, warum der Blick darauf, wie realistisch die Annahmen sind, einerseits den Anwendungsbereich des Modells bestimmt und andererseits die Verbesserung des Modells lenkt.

Zweitens ist man heute der Überzeugung, dass sich zwischen den Implikationen – den Vorhersagen – von Modellen und Theorien und den Annahmen nicht sauber trennen lässt, so dass man nicht einerseits fehlenden Realismus der Vorhersagen für relevant halten kann, fehlenden Realismus der Annahmen dagegen nicht.<sup>86</sup> Auf Gegenstände, die man nicht sicher unterscheiden kann, muss man ein und dasselbe Kriterium anwenden. Dass man Implikationen und Annahmen nicht gut trennen kann, liegt einerseits daran, dass man Aussagen praktisch immer indirekt an ihren Implikationen testet; im Test repräsentieren die Implikationen der Theorie die Annahmen und die Implikationen des Modells werden ihrerseits Annahmen zur Erzeugung der Implikationen, die getestet werden können.<sup>87</sup> Wichtiger ist aber wohl, dass die Aufteilung von Annahmen einer- und Implikationen andererseits nur von der Formulierung der Theorie abhängt.<sup>88</sup> Schon oben haben wir zum Beispiel gesehen, dass sowohl aus den Handlungen auf die Gründe geschlossen werden kann als auch aus den Gründen auf die Handlung. Wenn aber Annahmen und Implikationen von Theorien aus dem gleichen Holz gemacht sind, lässt sich ihr Realismus schwerlich mit zweierlei Maß messen.

Modelle müssen idealisieren. Ihre Vorhersagekraft ist ein entscheidendes Kriterium für die Qualität des Modells und auf dieses Kriterium kommt es dem reliabilistischen Ansatz, den auch diese Arbeit verfolgt, an. Aber daneben müssen die Annahmen des Modells auch in geeigneter Nähe zur Realität liegen. Anders lässt sich nicht klären, wann ein Modell epistemisch sinnvoll angewendet werden kann und wann nicht. Der radikale Instrumentalismus von *Friedman* ist daher abzulehnen. Auch vor Gericht muss der Richter, der das Rationalmodell als Erfahrungssatz anwenden will, aufgrund seiner Vorbildung oder zur Not mit Hilfe eines Sachverständigen klären, ob angesichts der Annahmen des Rationalmodells im konkreten betreffenden Kontext sinnvolle Vorhersagen des Modells zu erwarten sind.

<sup>86</sup> *Hausman*, *Journal of Economic Perspectives* 1989, 115–127, 120.

<sup>87</sup> *Nagel*, *American Economic Review Papers and Proceedings* 1963, 211–219, 214.

<sup>88</sup> *Nagel*, *American Economic Review Papers and Proceedings* 1963, 211–219, 215.

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist also festzuhalten: Das Rationalmodell ist nicht empirisch leer. Es trifft empirisch überprüfbare Vorhersagen über Entscheidungen von Menschen. Wie häufig diese Vorhersagen zutreffen, ist für binäre Entscheidungen noch vergleichsweise leicht empirisch zu beurteilen. Für kontinuierliche Entscheidungen macht dagegen das Rationalmodell nur eine Aussage über den Mittelwert einer Verteilung und keine Aussagen über deren Breite. Hier kann man empirisch klären, wie breit das Verhalten um den Mittelwert streut, und aus diesen empirischen Befunden Erfahrungssätze formulieren, die besagen, dass ein Verhalten zum Beispiel in 95 % der Fälle in einem Bereich von  $x$  bis  $y$  liegt. Kann man allerdings zuversichtlich sein, dass andere Verhaltenstendenzen im betreffenden Kontext keine Rolle spielen, kann man von einer schmalen Verteilung um den Mittelwert ausgehen. Dann würde die Streuung nur noch eine untergeordnete Rolle spielen. Wie zuverlässig das Rationalmodell Vorhersagen generiert, ist daher jedenfalls für den konkreten Kontext zu klären.

## II. Die Sachverhaltsermittlung als strategisches Spiel

Die Ausführungen in den folgenden Kapiteln basieren, auch wenn ich dies nicht an jeder Stelle explizit hervorhebe, auf spieltheoretischen Analysen der strategischen Interaktion vor Gericht. Die Spieltheorie ist hierfür die typischerweise in den quantitativen Sozialwissenschaften verwendete Methode.<sup>89</sup> Sie bietet mathematische Konzepte, die es erlauben, die Herleitung von Vorhersagen auf Widerspruchsfreiheit zu überprüfen. Bevor mit ihrer Hilfe der Beibringungsgrundsatz analysiert wird, muss diese Methode selbstredend vorgestellt werden. Dies soll genau in dem Maß geschehen, das dem Leser hoffentlich erlaubt, den Ausführungen der nächsten Kapitel kritisch zu folgen, das den Leser aber gleichzeitig sowohl von vertieften mathematischen Problemen als auch von komplexeren Problemen der spieltheoretischen Begriffsbildung verschont. Für einen Einstieg in die tiefere Beschäftigung mit der Spieltheorie ist dieselbe mittlerweile auch ausführlicher für die Bedürfnisse von Juristen aufgearbeitet worden.<sup>90</sup>

### 1. Die Definition des Spiels

Spiele sind definiert durch die teilnehmenden Spieler, eine Menge an möglichen Zügen, die diese Spieler vornehmen können und Auszahlungen für die Spieler,

<sup>89</sup> Die Darstellung stützt sich vor allem auf *Gibbons*, *Game Theory for Applied Economists*; *Straffin*, *Game Theory and Strategy*; *Winter*, *Grundzüge der Spieltheorie*.

<sup>90</sup> *Baird/Gertner/Picker*, *Game theory and the law*; *Jackson/Kaplow/Shavell* u. a., *Analytical methods for lawyers*; *Magen*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 87–134.

die von den Zügen der Spieler abhängen.<sup>91</sup> Soweit die Auszahlungen der Spieler sowohl von der eigenen Wahl der Züge als auch von der Wahl der Züge der anderen Mitspieler abhängt, ist die Interaktion strategisch. Ein vollständiges Handlungsprogramm für einen Spieler in einem Spiel nennt man „Strategie“.<sup>92</sup> Strategien, die wechselseitig die beste Antwort auf die Strategie des/der jeweils anderen Mitspieler(s) sind, befinden sich im *Nash*-Gleichgewicht,<sup>93</sup> benannt nach *John Nash*, dem Ökonomie-Nobelpreisträger.<sup>94</sup> Das *Nash*-Gleichgewicht interpretieren sozialwissenschaftliche Anwender der Spieltheorie gemeinhin prima facie als Verhaltensvorhersage.<sup>95</sup> Zwar ist nur für einige Spielgattungen geklärt, dass menschliches Verhalten zum *Nash*-Gleichgewicht konvergiert,<sup>96</sup> aber klar ist, dass im *Nash*-Gleichgewicht keiner der Spieler einen Anreiz hat, von diesem Gleichgewicht abzuweichen, denn jede Strategie ist die beste Antwort des jeweiligen Spielers auf die Strategien der anderen Spieler. Er hat also keine Möglichkeit, sich im Alleingang zu verbessern. Wenn die Spieler sich also im Gleichgewicht einfinden, gibt es einen guten Grund zu meinen, dass sie dort bleiben.

## 2. Spiele in Normalform: Der Zivilprozess als Contest

Einfache Spiele lassen sich auf zwei eingängige Weisen veranschaulichen, in Matrixform und in Extensivform. Beide Formen sind vor allem für die Illustration von Spielen mit diskreten Aktionen geeignet. Für die Bedürfnisse dieser Arbeit genügt das in der Regel, zumal sich kontinuierliche Züge (etwa die Wahl der Investitionen in einen Prozess, vgl. sogleich) meist zum Gewinn erster Einsichten idealisiert als diskrete Züge darstellen lassen (Wahl einer hohen versus Wahl einer niedrigen Investition). Vor allem die Matrixform ist besonders zur Abbildung von Spielen mit einer geringen Anzahl von Spielern geeignet. In geringerem Grad gilt das auch für die graphische Darstellung der Extensivform.

Hier wird die Matrixform anhand von Spielen mit zwei Spielern vorgeführt.<sup>97</sup> Das Spiel zeigt in Anlehnung an *Tullock*, wie der Beibringungsgrundsatz, der auf Aktivität der Parteien setzt, zu Überinvestitionen anreizen kann.<sup>98</sup> Man stelle sich einen Zivilprozess vor, bei dem zwei Parteien um einen Geldbetrag streiten, sagen wir 10.000 Euro. Den Parteien stehen zwei Züge zur Verfügung, die auch zugleich die Strategien angeben, weil das Spiel nicht wiederholt wird. Jede Partei kann entweder viel oder wenig in den Prozess investieren. Investiert

<sup>91</sup> *Magen*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 87–134, 90.

<sup>92</sup> *Winter*, *Grundzüge der Spieltheorie*, 15.

<sup>93</sup> *Gibbons*, *Game Theory for Applied Economists*, 8.

<sup>94</sup> *Winter*, *Grundzüge der Spieltheorie*, 28.

<sup>95</sup> *Gibbons*, *Game Theory for Applied Economists*, 2, 7 ff.

<sup>96</sup> *Camerer*, *Behavioral Game Theory*, 265 ff.

<sup>97</sup> Vgl. Darstellung bei *Winter*, *Grundzüge der Spieltheorie*, 19 ff.

<sup>98</sup> *Tullock*, *Kyklos* 1975, 745–762.

sie viel, indem sie die Tatsachen sorgfältig recherchiert, einen guten, aber teuren Anwalt nimmt, einen Sachverständigen engagiert, mehr Unterlagen sucht und vorlegt, den Schriftsatz sorgfältiger formuliert oder die Argumente des Gegners gründlicher vorherzusehen versucht, erhöht sie die Wahrscheinlichkeit, den Prozess zu gewinnen. Dies ist aber nur zutreffend, soweit die Investitionen der anderen Partei als konstant betrachtet werden. Aber auch diese Partei kann ihre Investitionen hoch oder niedrig wählen. Hohe Investitionen der anderen Partei verringern die Erfolgsaussichten der ersten. Beide Parteien treffen ihre Investitionsentscheidung, ohne zu wissen, welche Entscheidung der jeweils andere Spieler trifft. Man kann sich die Entscheidungen daher als simultan vorstellen. Treffen wir nun Annahmen über die Verknüpfung von Strategie und Auszahlung, die plausibel erscheinen: Investieren beide Parteien gleich, gewinnen beide den Prozess mit 50 % Wahrscheinlichkeit. Investiert einer mehr, gewinnt er mit höherer Wahrscheinlichkeit, sagen wir 80 %, und der andere mit 20 %. Viel zu investieren bedeutet, so nehmen wir an, 2000 Euro. Wenig zu investieren könnte 0 Euro bedeuten. Um die Investition in den Prozess mit dem möglichen Gewinn des Prozesses zu integrieren, behandeln wir den Erwartungswert des Prozesses unmittelbar als Auszahlung des Spiels. Der Erwartungswert ergibt sich aus der Multiplikation der Auszahlung mit der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts (Auszahlung des Prozesses im Erfolgsfall multipliziert mit der Erfolgswahrscheinlichkeit). Dies ist ein typischer Weg, mit riskanten Auszahlungen umzugehen, der allerdings Präferenzen für Risiko unberücksichtigt lässt.

Nun sind die Spieler (A und B), die Züge (viel oder wenig) und die Auszahlungen spezifiziert. Es ergibt sich folgende Matrix:

	B spielt „wenig“	B spielt „viel“
A spielt „wenig“	5000; 5000	2000; 6000
A spielt „viel“	6000; 2000	3000; 3000

Abbildung 12: Spiel in Normalform.

A wählt zwischen den Zeilen. Er ist der Zeilenspieler. B wählt zwischen den Spalten. Er ist der Spaltenspieler. Jede der vier Zellen entspricht einer der vier möglichen Strategiekombinationen und enthält die Auszahlungen für diese Kombination. Die Auszahlung von A steht vorn, die von B hinten. Wenn also beide Spieler „wenig“ spielen, erhalten beide (im Erwartungswert) 5000 Euro. Wenn A „wenig“ wählt, B aber „viel“, erhält A 2000 Euro, B aber 6000 Euro (8000 Euro erwarteter Gewinn aus dem Prozess minus 2000 Euro Investition). Wenn B wenig wählt und A viel, sind die Auszahlungen genau umgekehrt. Wählen beide „viel“, erhalten beide 3000 Euro. Damit ist das Spiel vollständig abgebildet.

Das Gleichgewicht findet man, indem man die Abweichungsanreize jedes Spielers untersucht, während man die Entscheidung des jeweils anderen Spie-

lers fix hält. Nehmen wir an, B spiele „wenig“. Hat A dann einen Anreiz abzuweichen, wenn er selbst wenig spielt? Ja. Er könnte sich besserstellen, indem er „viel“ investiert. Seine Auszahlung würde sich von 5000 Euro auf 6000 Euro erhöhen. Nehmen wir an, B spiele „viel“. Was würde A wählen? Wieder würde er „viel“ wählen, denn dann verdiente er statt 2000 Euro immerhin 3000 Euro. Weil das Spiel symmetrisch ist, gilt das für A Gesagte auch für B. Beide haben also unabhängig davon, wie der andere spielt, einen Anreiz „viel“ zu wählen. Das Gleichgewicht ist „viel, viel“. Weil die Spieler hier unabhängig von der Entscheidung des anderen immer die gleiche Wahl treffen, spricht man davon, dass die Strategie „wenig“ „dominiert“ wird.<sup>99</sup> Sie wird nie gewählt. Das Gleichgewicht ist also eines in dominanten Strategien. Auch die Suche nach dem Gleichgewicht lässt sich graphisch darstellen, etwa mit Pfeilen, die die Wahl des einen Spielers unter der Annahme einer Wahl des anderen repräsentieren. Ein Gleichgewicht liegt vor, wenn ein horizontaler und ein vertikaler Pfeil in dieselbe Zelle zeigen.

	B spielt „wenig“	B spielt „viel“
A spielt „wenig“	5000; 5000	2000; 6000
A spielt „viel“	6000; 2000	3000; 3000

Abbildung 13: Lösung eines Spiels in Normalform.

### 3. Spiele in Extensivform: Der Zivilprozess als Contest

Die andere Darstellungsform von Spielen ist die der Extensivform.<sup>100</sup> Sie ist vor allem praktisch, um zeitlich aufeinanderfolgende Züge abzubilden oder differenziert darzustellen, worüber die Spieler informiert sind, wenn sie ziehen. Wir können dasselbe Spiel wie oben auch in Extensivform darstellen (Abb. 14).

Die Extensivform stellt die Züge der Spieler als sukzessive dar. Wenn man, wie in dem hier betrachteten Spiel, klarstellen möchte, dass die Spieler beide nicht wissen, wie der andere Spieler gezogen hat, muss man die beiden Knoten, an denen B ziehen kann, mit einem Bogen verbinden, der ausdrückt, dass

<sup>99</sup> Gibbons, Game Theory for Applied Economists, 4 ff. Dominierte Strategien würde ein rationaler Spieler nie spielen. Manche Spiele, wie das hier vorgestellte, lassen sich allein durch die Eliminierung dominierter Strategien lösen. Dominanz kann Spiele auch dann lösen, wenn durch die Eliminierung dominierter Strategien des einen Spielers auch Strategien des anderen zu dominierten werden und eliminiert werden können. Dominanz erlaubt sehr überzeugende Verhaltensvorhersagen: Soweit die Spieler rational sind, besteht keine Unsicherheit darüber, ob der andere wirklich die Gleichgewichtsstrategie spielt. Auch sind Gleichgewichte für die Parteien einfach zu lernen. Das Konzept der Dominanz und seine Nutzung zur Lösung von Spielen werden hier nicht eigens eingeführt, weil Dominanz später für die Lösung des Informationsproblems mit Mitteln der Spieltheorie nicht weit genug trägt.

<sup>100</sup> Winter, Grundzüge der Spieltheorie, 89 ff.



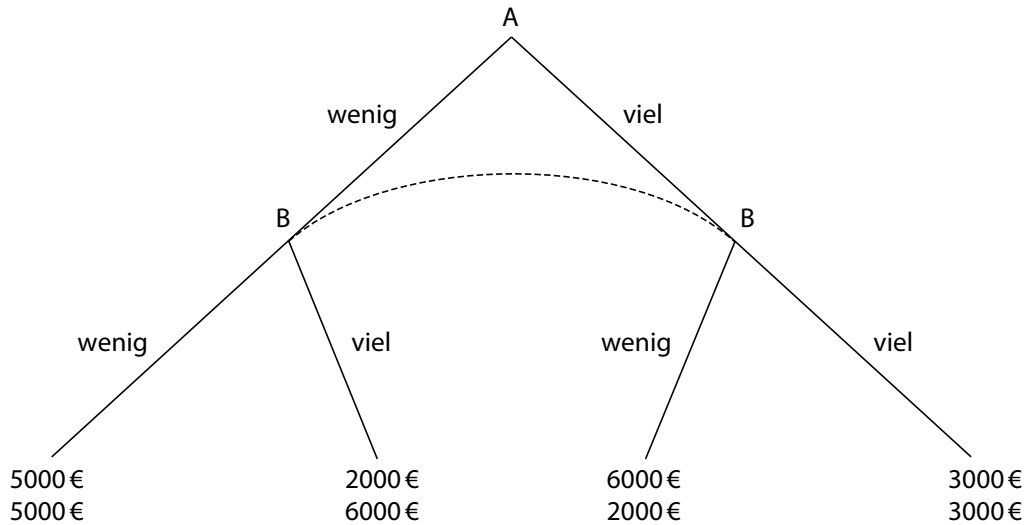


Abbildung 14: Spiel in Extensivform.

B die beiden Knoten nicht unterscheiden kann. Er weiß nicht, ob er angesichts eines A zieht, der viel oder wenig in den Prozess investiert hat. In dem Spiel über die Prozessinvestitionen – so wie es bis hierher modelliert wurde – spielt dieser Punkt eine untergeordnete Rolle, denn B würde unabhängig davon, ob A viel oder wenig investiert, selbst viel investieren. Wichtig ist hier nur festzuhalten, dass beide Darstellungsweisen, die in Matrixform und die in Extensivform, äquivalent sind, dass die Extensivform aber eine differenziertere Darstellung erlaubt: Man kann im Gegensatz zur Matrixform die zeitliche Struktur des Spiels abbilden, was vor allem dann von Bedeutung ist, wenn ein später ziehender Spieler vor seinem Zug Informationen darüber erlangt, wie seine Mitspieler bisher gespielt haben und darauf in seinen Zügen reagieren kann.

Spiele mit zeitlicher Struktur löst man grundsätzlich durch Rückwärtsinduktion. Man fragt sich also beginnend mit den letzten Knoten, welche Entscheidungen getroffen werden und klärt dann auf der nächstfrüheren Ebene, welche Entscheidung die Spieler dort treffen, wenn sie die Entscheidungen ihrer Mitspieler auf der letzten Stufe vorhersehen. So geht man vom Ende zum Anfang rückwärts voran bis zum ersten Zug. In Zügen, die in einer Informationsmenge (dem Bogen) verbunden sind, muss für mehrere Punkte eine einheitliche Entscheidung getroffen werden, denn der Spieler kann seine Entscheidung ja nicht auf den speziellen Knoten abstimmen. Er weiß schließlich nicht, in welcher der in einer Informationsmenge verbundenen Knoten er „sich befindet“. Im hier dargestellten Spiel bereitet das kein Problem, denn Spieler B würde in beiden Knoten, wenn er sie unterscheiden könnte, „viel“ wählen. Die Züge „wenig“ von B kann man also streichen. A trifft seine Entscheidung dann wissend, dass B jedenfalls „viel“ wählen wird und wählt, um seine Auszahlung zu maximieren ebenfalls „viel“.

## 4. Die Einflussfaktoren der unproduktiven Investitionen in den Prozess

Um die Argumente dieser Arbeit kritisch hinterfragen zu können, reichen die bis hierher vorgestellten spieltheoretischen Techniken weitgehend<sup>101</sup> aus. Der Gedanke, dass der Beibringungsgrundsatz den Streit zwischen den Parteien verschärft und sie so möglicherweise *zu* wirksam zur Beibringung von Informationen und Beweismitteln anreizt, wird in der Arbeit an verschiedenen Stellen noch eine Rolle spielen. Er wird hier daher noch einmal gründlicher analysiert. Um herauszuarbeiten, welche Parameter genau diese Überinvestitionen beeinflussen, reicht allerdings das spieltheoretische Instrumentarium zur Analyse von Spielen mit diskreten Aktionen nicht aus. Nur für diesen Abschnitt wird daher auf das Instrumentarium der Spieltheorie zur Analyse von Spielen mit kontinuierlichen Zügen zurückgegriffen, denn in der Realität können die Parteien natürlich, so modelliert es auch *Tullock*, die Höhe ihrer Investitionen in den Prozess weitgehend kontinuierlich aus einer theoretisch unendlichen Spanne an Investitionshöhen wählen.

Modelliert man den Prozess als Tullock-Contest,<sup>102</sup> investieren beide Parteien in den Prozess. Partei A kann  $a$  in den Prozess investieren und Partei B kann  $b$  investieren. *Tullock* und die ihm folgende Literatur nehmen nun idealisierend an, dass die Wahrscheinlichkeit, dass A den Prozess gewinnt, dem Anteil der Investitionen des A in den Prozess ( $a$ ) an den Gesamtinvestitionen in den Prozess ( $a + b$ ) entspricht. Die Wahrscheinlichkeit, dass A den Prozess gewinnt, beträgt also  $\frac{a}{a+b}$ . Entsprechendes gilt für B. Er gewinnt den Prozess mit der Wahrscheinlichkeit  $\frac{b}{a+b}$ . Dahinter steht, wie oben, die Annahme, dass man zwar seinen Vorteil im Prozess durch höhere Investitionen erhöhen kann, dass sich aber zugleich die Investitionen der beiden Parteien gegenseitig neutralisieren.

Die erwartete Auszahlung einer Partei in einem Rechtsstreit besteht im Wert der streitbefangenen Sache („Streitwert“) multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit des Prozesserfolgs. Normiert man den Streitwert auf 1, kann man sich darauf konzentrieren, wie die Investitionen der Parteien ihre relativen Erfolgsaussichten beeinflussen. Dann beträgt die erwartete Auszahlung von A:  $\Pi_A = \frac{a}{a+b} - a$ . Dabei ist der erste Term,  $\frac{a}{a+b}$ , der erwartete Gewinn. Weil der Gewinn auf 1 normiert ist, lässt sich dieser Term auch als Gewinnwahrscheinlichkeit interpretieren. Der zweite Term,  $-a$ , drückt die Kosten aus, die in den Rechtsstreit investiert werden. Mit ihrer Aufwendung sind sie verloren, so dass sie von einer erwarteten Auszahlung im Erfolgsfall ebenso abzuziehen sind wie vom Budget im Falle des Prozessverlusts. Dass in Deutschland der Verlierer die

<sup>101</sup> Es fehlt nur noch die Einführung des „bayesianischen Gleichgewichts“, das strategische Interaktion mit dem rationalen Umgang mit Überzeugungen verbindet. Sie folgt in § 6 III.

<sup>102</sup> *Tullock*, in: Lockard/Tullock (Hrsg.), *Efficient Rent-Seeking*, 3–16, 4–6, zur hier genutzten Modellierung des „bias“ vgl. 14.

Kosten trägt, wäre durch Einbeziehung der Kostenrückerstattung in den auf 1 normierten Gewinn abzubilden. In Symmetrie zur Auszahlung von A beträgt die erwartete Auszahlung von B:  $\Pi_B = \frac{b}{a+b} - b$ .

Wie sich zeigen wird, hängt das Gleichgewicht auch davon ab, ob beide Parteien gleich oder unterschiedlich stark sind. In die Auszahlungsfunktion fügen wir daher noch einen Parameter  $0 < \beta \leq 1$  ein, der die Wirksamkeit von  $a$ , nicht aber die Kosten von  $a$  abdiskontiert. Die Auszahlungsfunktionen lauten dann:  $\Pi_A = \frac{\beta a}{\beta a + b} - a$  für A und  $\Pi_B = \frac{b}{\beta a + b} - b$  für B.

In einem Spiel mit kontinuierlichen Zügen kann man nun keine Pfeile in Tabellen eintragen, um das Gleichgewicht zu finden. Man leitet stattdessen aus der Auszahlungsfunktion sogenannte best response functions, formale Definitionen der besten Antwort, für beide Spieler ab. Dann prüft man, wo sich diese schneiden, um das Gleichgewicht zu finden.<sup>103</sup> Die beste Antwort von A wird durch die Maximierung seiner Auszahlung angesichts der Strategie von B definiert. Entsprechendes gilt für B. Zum Maximieren setzt man die erste Ableitung der Auszahlungsfunktion gleich null (man bestimmt das Maximum der Auszahlungsfunktionen). So erhält man zwei Gleichungen (die Bedingungen erster Ordnung<sup>104</sup> der Auszahlungsfunktion von A und von B) mit zwei Unbekannten ( $a$  und  $b$ ). Indem man so umstellt, dass A angesichts der besten Antwort des B maximiert und B angesichts der besten Antwort von A, findet man das Gleichgewicht.

Im Überblick sehen die Schritte wie folgt aus, für ihre Herleitung sei auf den Appendix (§ 6 II.5) verwiesen:

$$\text{Gewinnfunktion:} \quad \Pi_A(a, b) = \frac{\beta a}{\beta a + b} - a$$

$$\text{Bedingung erster Ordnung:} \quad \Pi'_A(a, b) = \frac{\beta b}{(\beta a + b)^2} - 1$$

Setzt man die Bedingung erster Ordnung gleich 0 und löst nach  $a$  auf, erhält man die Definition der besten Antwort von A in Abhängigkeit von  $b$ :

$$a^*(b) = \frac{\sqrt{\beta b} - b}{\beta}$$

Verfährt man entsprechend mit der Auszahlung von B, ergibt sich:

$$\text{Gewinnfunktion:} \quad \Pi_B(a, b) = \frac{\beta b}{\beta a + b} - b$$

$$\text{Bedingung erster Ordnung:} \quad \Pi'_B(a, b) = \frac{\beta a + b}{(\beta a + b)^2} - 1$$

$$b^*(a) = \sqrt{\beta a} - \beta a$$

<sup>103</sup> Gibbons, Game Theory for Applied Economists, 17 ff.

<sup>104</sup> Um das Maximierungsproblem vollständig zu lösen, wäre auch zu prüfen, ob die Bedingungen zweiter Ordnung negativ sind. Das ist hier unproblematisch der Fall.

Setzt man nun  $b^*(a)$  in  $a^*(b)$  ein, erhält man die Investition des A im Gleichgewicht:  $a^*$

$$a^* = \frac{\beta}{(1 + \beta)^2}$$

Setzt man  $a^*$  wieder in die Definition von  $b^*(a)$  ein, lässt sich auch  $b^*$  allein unter Bezugnahme auf  $\beta$  definieren. Es ist ebenso groß wie  $a^*$ :

$$b^* = \frac{\beta}{(1 + \beta)^2}$$

Aus diesem Modell ergeben sich folgende Schlussfolgerungen:

Der Prozess produziert nichts. Idealerweise wäre er so gestaltet, dass die Partei, die Unrecht hat, sofort einsieht, dass sie chancenlos ist und gar nicht erst investiert, so dass die Partei im Recht sich den Prozessgewinn durch Investition minimaler Kosten sichern könnte. So wären Prozesse sehr günstig. Soweit aber Investitionen in den Prozess für beide Parteien chancenerhöhende Wirkung haben, investieren rationale Parteien zu viel in den Prozess. In einem symmetrischen Contest (d. h. bei  $\beta = 1$ ), wenn die Investitionen der Parteien in den Prozess gleich wirksam und die Parteien also gleich stark sind, verbrauchen die Parteien zusammen bis zu  $\frac{1}{2}$  des Streitwerts durch Investitionen in den Prozess. Diese Investitionen sind verbranntes Geld, vollkommen unproduktive Investitionen und haben *Tullock* veranlasst, ein inquisitorisches Verfahren, in dem nur der Richter aktiv ist, dem kontradiktorischen vorzuziehen.<sup>105</sup> Die unproduktiven Investitionen in den Streit werden aber umso geringer, je asymmetrischer der Contest wird. Ist  $\beta = 0,5$ , d. h. ist A nur halb so „stark“ wie B, verringern sich  $a$  und  $b$  je von  $\frac{1}{4}$  auf  $\frac{2}{9}$ , so dass die Parteien durch ihre Investitionen in den Prozess „nur“ noch  $\frac{4}{9}$  des Streitwerts unnütz vernichten. Beträgt  $\beta = 0,1$ , verringern sich  $a$  und  $b$  auf je ungefähr  $\frac{1}{12}$ , so dass nur noch  $\frac{1}{6}$  des Streitwerts in Prozessinvestitionen verloren geht.

Dieser Befund nährt die verbreiteten Zweifel an der Nützlichkeit des angeblich liberalen Bilds vom Prozess als Kampf zwischen Freien und Gleichen, in dem jeder unbegrenzt seinen taktischen Vorteil suchen und nutzen kann und der Geschickte einen Vorteil haben darf. Ein solcher Prozess wäre gleichbedeutend mit einem symmetrischen Contest: ein Prozess, in dem jeder, ob er Recht hat oder nicht, seine Chance hat und sein Glück versuchen kann, indem er Ressourcen für den Prozess aufwendet. Ein solch symmetrischer Contest bewirkt zu allererst eine Maximierung unproduktiver Investitionen in den Zivilprozess. Er macht den Prozess teuer. Dabei dient er weder der Rechtsfindung noch, wie im zweiten Kapitel gezeigt, der Privatautonomie. Je eher es dem Prozessrecht gelingt, Regeln zu schaffen, die typischerweise der Partei, die im Recht ist, einen

<sup>105</sup> *Tullock*, *Kyklos* 1975, 745–762, 746.

Vorteil im Prozess verschaffen, desto günstiger sollte die Rechtsfindung für die Parteien, den Staat und damit für alle werden.<sup>106</sup>

Hierin kann man ein weiteres Argument gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz sehen. Er schützt die nicht beweisbelastete Partei vor der Eingehung der Beweiskosten, ob sie Recht hat oder nicht. Eine solche Regel kann nicht für einen zu Gunsten der Partei im Recht asymmetrischen Contest sorgen. Vor allem aber dispensiert der Grundsatz die nicht beweisbelastete Partei davon, *sich selbst* zu belasten, und belasten kann sie sich vor allem, wenn sie im Unrecht ist. Daher hilft der Nemo-tenetur-Grundsatz typischerweise der Partei im Unrecht. Damit wird der Contest eher symmetrischer oder gar zu Gunsten der Partei im Unrecht asymmetrischer. Das ist nicht nur schädlich in Situationen, in denen er zur Vereitelung des Rechts der berechtigten Partei führt. Durch die spieltheoretische Analyse wurde nun sichtbar, dass der Grundsatz, auch wenn die Rechtsdurchsetzung möglich bleibt, zu einer Nivellierung der Asymmetrie führt, die ohne ihn zu Gunsten der berechtigten Partei bestehen würde. Das macht Prozesse teuer.

##### 5. Appendix: Die Herleitung des Nash-Gleichgewichts im Tullock-Contest

Der Lösungsweg gestaltet sich wie folgt. Die Lösung wird sehr kleinschrittig nachvollzogen, um auch dem interessierten, aber vielleicht ungeübten juristischen Leser die Überprüfung des Ergebnisses zu ermöglichen.

Man betrachte die Gewinnfunktion von Spieler A:

$$\Pi_A(a, b) = \frac{\beta a}{\beta a + b} - a$$

Diese leitet man nach  $a$ , der Investition des A in den Prozess, ab. Unter Nutzung der Quotientenregel zur Ableitung des Bruchs ergibt sich:

$$\Pi'_A(a, b) = \frac{\beta(\beta a + b)}{(\beta a + b)^2} - \frac{\beta(\beta a)}{(\beta a + b)^2} - 1$$

Ausmultiplizieren der zweiten Klammer im Zähler und Zusammenfassen der Differenz auf einem Bruchstrich ergibt:

$$\Pi'_A(a, b) = \frac{\beta(\beta a + b) - \beta^2 a}{(\beta a + b)^2} - 1$$

Durch Ausmultiplizieren der Klammer im Zähler ergibt sich:

$$\Pi'_A(a, b) = \frac{\beta^2 a + \beta b - \beta^2 a}{(\beta a + b)^2} - 1$$

Im Zähler steht nun  $\beta^2 a$  einmal positiv und einmal negativ, so dass die beiden Ausdrücke sich aufheben. Es bleibt:

<sup>106</sup> Tullock, in: Lockard/Tullock (Hrsg.), *Efficient Rent-Seeking*, 3–16, 13.

$$\Pi'_A(a, b) = \frac{\beta b}{(\beta a + b)^2} - 1$$

Zur Maximierung nach  $a$  wird diese Ableitung null gesetzt<sup>107</sup> und sodann als „Reaktionsfunktion“, die  $a$  in Abhängigkeit von  $b$  definiert, nach  $a$  umgestellt:

$$\begin{aligned} 0 &= \frac{\beta b}{(\beta a + b)^2} - 1 \\ \Leftrightarrow 1 &= \frac{\beta b}{(\beta a + b)^2} \\ \Leftrightarrow (\beta a + b)^2 &= \beta b \\ \Leftrightarrow \beta a + b &= \sqrt{\beta b} \\ \Leftrightarrow a &= \frac{\sqrt{\beta b} - b}{\beta} \end{aligned}$$

Um deutlich zu machen, dass  $a$  so als Funktion von  $b$  definiert ist, kann man schreiben:

$$a(b) = \frac{\sqrt{\beta b} - b}{\beta}$$

Entsprechend geht man mit der Gewinnfunktion von  $b$ , die  $\Pi_B(a, b) = \frac{b}{\beta a + b} - b$  lautet, vor. Die Ableitung, die man erneut unter Verwendung der Quotientenregel erhält, lautet:

$$\Pi'_B(a, b) = \frac{1 \times (\beta a + b)}{(\beta a + b)^2} - \frac{b \times 1}{(\beta a + b)^2} - 1$$

Nach Zusammenfassung auf einem Bruchstrich und Streichung der beiden redundanten Einsen im Zähler ergibt sich:

$$\Pi'_B(a, b) = \frac{(\beta a + b) - b}{(\beta a + b)^2} - 1$$

Die Klammer im Zähler ist überflüssig und  $+b$  und  $-b$  heben sich auf, so dass sich ergibt:

$$\Pi'_B(a, b) = \frac{\beta a}{(\beta a + b)^2} - 1$$

Wieder setzt man die Ableitung, zur Maximierung nach  $b$ , gleich null und stellt dann zur Erlangung der Reaktionsfunktion des B nach  $b$  um:

$$0 = \frac{\beta a}{(\beta a + b)^2} - 1$$

<sup>107</sup> Die zweite Ableitung nach  $a$  ist an der Stelle  $a$  negativ, so dass die aufgefundene Nullstelle der ersten Ableitung ein Maximum anzeigt:  $\Pi''_A(a, b) = -\frac{2\beta^2 b}{(\beta a + b)^3}$

Diese Ableitung ist negativ, weil unter den hier getroffenen Annahmen  $\beta$ ,  $a$  und  $b$  alle positiv sind, so dass der Bruch an sich positiv ist und durch das Vorzeichen negativ wird.

$$\begin{aligned} \Leftrightarrow 1 &= \frac{\beta a}{(\beta a + b)^2} \\ \Leftrightarrow (\beta a + b)^2 &= \beta a \\ \Leftrightarrow \beta a + b &= \sqrt{\beta a} \\ \Leftrightarrow b &= \sqrt{\beta a} - \beta a \end{aligned}$$

Wieder kann man zur Verdeutlichung, dass diese Gleichung  $b$  als Funktion von  $a$  definiert, schreiben:

$$b(a) = \sqrt{\beta a} - \beta a$$

Nun hat man eine Definition der Investitionen des B in Abhängigkeit der Investitionshöhe von A und umgekehrt eine Definition der Investitionen des A in Abhängigkeit der Investitionshöhe des B. Das macht zwei Gleichungen und zwei Unbekannte. Man löst, indem man  $b(a)$  in  $a(b)$  einsetzt.

$$a = \frac{\sqrt{\beta(\sqrt{\beta a} - \beta a)} - (\sqrt{\beta a} - \beta a)}{\beta}$$

Diese Gleichung löst man nach  $a$  auf:

$$\begin{aligned} \Leftrightarrow a\beta &= \sqrt{\beta(\sqrt{\beta a} - \beta a)} - (\sqrt{\beta a} - \beta a) \\ \Leftrightarrow a\beta &= \sqrt{\beta(\sqrt{\beta a} - \beta a)} - \sqrt{\beta a} + \beta a \\ \Leftrightarrow 0 &= \sqrt{\beta(\sqrt{\beta a} - \beta a)} - \sqrt{\beta a} \\ \Leftrightarrow \sqrt{\beta a} &= \sqrt{\beta(\sqrt{\beta a} - \beta a)} \\ \Leftrightarrow \beta a &= \beta(\sqrt{\beta a} - \beta a) \\ \Leftrightarrow a &= \sqrt{\beta a} - \beta a \\ \Leftrightarrow a + \beta a &= \sqrt{\beta a} \\ \Leftrightarrow a(1 + \beta) &= \sqrt{\beta a} \\ \Leftrightarrow a^2(1 + \beta)^2 &= \beta a \\ \Leftrightarrow a(1 + \beta)^2 &= \beta \\ \Leftrightarrow a &= \frac{\beta}{(1 + \beta)^2} = a^* \end{aligned}$$

Nun setzt man dieses Ergebnis für die Investitionen des A im *Nash*-Gleichgewicht in die Reaktionsfunktion von B ein und findet so auch das  $b$ , das B im *Nash*-Gleichgewicht investiert:

$$\begin{aligned} b &= \sqrt{\beta \frac{\beta}{(1 + \beta)^2}} - \beta \frac{\beta}{(1 + \beta)^2} \\ \Leftrightarrow b &= \sqrt{\frac{\beta^2}{(1 + \beta)^2}} - \frac{\beta^2}{(1 + \beta)^2} \end{aligned}$$

$$\Leftrightarrow b = \frac{\beta}{(1+\beta)} - \frac{\beta^2}{(1+\beta)^2}$$

$$\Leftrightarrow b = \frac{\beta(1+\beta)}{(1+\beta)^2} - \frac{\beta^2}{(1+\beta)^2}$$

$$\Leftrightarrow b = \frac{\beta(1+\beta) - \beta^2}{(1+\beta)^2}$$

$$\Leftrightarrow b = \frac{\beta + \beta^2 - \beta^2}{(1+\beta)^2}$$

$$\Leftrightarrow b = \frac{\beta}{(1+\beta)^2} = b^*$$

Unabhängig davon, ob der Contest symmetrisch ( $\beta=1$ ) oder asymmetrisch ( $\beta < 1$ ) ist, investieren die Parteien immer symmetrisch in den Contest, nämlich in Höhe von  $\frac{\beta}{(1+\beta)^2}$ . Allerdings werden die Investitionen in den Contest mit steigender Asymmetrie (steigendem  $\beta$ ) immer kleiner. Wenn  $\beta=1$ , investieren die Parteien in diesen Contest je  $\frac{1}{4}$  des in Aussicht gestellten Gewinns. Bei  $\beta=\frac{1}{2}$  investieren die Parteien nur noch je  $\frac{2}{9}$  des in Aussicht gestellten Gewinns. Bei  $\beta=\frac{1}{10}$  investieren die Parteien sogar nur noch je  $\frac{1}{12}$  des in Aussicht gestellten Gewinns. Diese Werte entsprechen den Werten in der ersten Zeile der Tabelle 6.3 bei *Tullock*, der  $\beta > 1$  wählt, denn  $\beta=\frac{1}{2}$  ist äquivalent zu  $\beta=2$ . Es macht keinen Unterschied, ob die Investition des einen Spielers halb so wirksam ist wie die des anderen oder die des anderen doppelt so wirksam wie die des einen.

### III. Das perfekt bayesianische Gleichgewicht

Bis hierher haben wir strategische Interaktion unter der Annahme vollständiger Information und subjektive Wahrscheinlichkeiten bei der ganz wahrheitsorientierten Betrachtung von Evidenz vorgestellt. Wirklich interessant wird es aber, wenn strategische Interaktion auf die Bildung von Überzeugungen trifft, so wie es im Zivilprozess beinahe notwendig der Fall ist. In diesen Fällen müssen die Spieltheorie und die Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten zusammenwirken. Dabei wird auch ein verfeinertes Gleichgewichtskonzept notwendig, das perfekt bayesianische Gleichgewicht, dem man schon im Namen ansieht, dass es Wahrscheinlichkeitstheorie und Spieltheorie verbindet.<sup>108</sup>

Unsicherheit wird in der Spieltheorie oft über „Typen“ von Spielern abgebildet.<sup>109</sup> Unterschiedliche Typen haben unterschiedliche Eigenschaften. Meist kennt jeder Spieler seinen eigenen Typ, aber kann über die Typen der anderen

<sup>108</sup> Zu diesem *Gibbons*, *Game Theory for Applied Economists*, 175ff.; *Winter*, *Grundzüge der Spieltheorie*, 174ff.

<sup>109</sup> *Gibbons*, *Game Theory for Applied Economists*, 147ff.; *Sanchirico*, in: *Sanchirico* (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 203–270, 245.



nur Vermutungen anstellen. Sequentielle Spiele mit unvollständiger Information löst man nach dem Konzept des perfekt bayesianischen Gleichgewichts. Im Kern ergänzt es das *Nash*-Gleichgewicht um die Bedingung, dass jeder Spieler angesichts der Evidenz, die er – meist durch das Verhalten anderer Spieler – erhält, seine Überzeugungen („beliefs“) darüber, von welchem Typ die anderen Spieler sind, nach *Bayes'* Regel anpasst.

### 1. Ein Beispiel: Der Beweis als signaling

Mit den bis hierher vorgestellten Mitteln lässt sich mit Hilfe eines Modells verdeutlichen, wie Beweise die Überzeugung des Richters beeinflussen. Die Funktionsweise von Beweisen entspricht dem spieltheoretischen Mechanismus des „*signalings*“.

Stellen wir uns einen Zeugenbeweis ganz holzschnittartig vor. Ein Kläger, der vor den Richter tritt, hat nach Überzeugung des Richters mit 50 % auf der Grundlage der realen Sachlage einen Anspruch und mit 50 % nicht. Wenn ein Kläger, der einen Anspruch hat, einen Zeugen sucht, ist das für ihn – so stellt sich der Richter vor – in der Regel (in 90 % der Fälle) sozial „billig“. Soweit jemand die Sachlage bestätigen kann, muss er nur vortragen, was er weiß, er muss nicht für den Kläger lügen, sich gar strafbar machen und der Kläger schuldet ihm deswegen praktisch nichts. Wenn der Kläger aber nach der realen Sachlage Unrecht hat, ist die Beschaffung eines Zeugen für ihn sozial „teuer“. Er kann wahrscheinlich sowieso allenfalls Freunde bitten, für ihn die Wirklichkeit ein bisschen flexibler zu beschreiben. Damit fallen eine Menge Zeugen aus. Diese Freunde müssen sich durch ihre Falschaussage für ihn strafbar machen. Dazu wird nicht jeder Freund bereit sein. Und schließlich ist lügen schwierig. Man muss sich absprechen, um sich nicht in Widersprüche zu verwickeln. Man muss vielleicht die Aussage üben, um sie souverän vortragen zu können. Und klar ist, dem Freund, der für den Kläger lügt, schuldet der Kläger etwas. Wen all das nicht von den hohen Kosten eines Zeugen für den Kläger überzeugt, der Unrecht hat, der stelle sich vor, wie schwierig es ist, für einen Kläger, der Unrecht hat, einen Zeugen zu finden, der eine glaubhafte, überzeugende, stimmige, konsistente Aussage abliefern. Wer dann immer noch nicht glaubt, dass das schwierig ist, der kann dem Zeugenbeweis eigentlich keine Beweiskraft beimessen. Denn wenn es dem Kläger, der Unrecht hat, genauso leichtfällt wie dem, der Recht hat, seinen Anspruch zu beweisen, wird er es tun, und das Gericht wird berechnete und unberechnete Ansprüche nie voneinander unterscheiden können.<sup>110</sup>

Der Kläger kann, soweit er bereit ist, die hohen oder die geringen Kosten zu tragen, einen Zeugen für seinen Fall beibringen und der Richter kann die Klage

<sup>110</sup> *Sanchirico*, in: *Sanchirico* (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 203–270, 245.

zusprechen oder abweisen. Für den Kläger bewerten wir eine zugesprochene Klage mit 1, eine abgewiesene mit 0. Ist der Zeugenbeweis für den Kläger „billig“, kostet er ihn 0,5. Ist er teuer, kostet er ihn 1.

Der Richter will dagegen eine richtige Entscheidung treffen. Er erhält daher die Auszahlung 1, wenn er einen bestehenden Anspruch zuspricht oder eine unbegründete Klage abweist. 0 erhält er dagegen, wenn er eine Fehlentscheidung trifft, indem er eine begründete Klage abweist oder eine unbegründete zuspricht.

Diese holzschnittartige Beweisaufnahme können wir im folgenden Spiel in Extensivform darstellen. Die viereckigen Knoten sind Zufallszüge. In der Spieltheorie nennt man solche Zufallszüge „Züge der Natur“. Sie generieren die Unsicherheit nach bekannten Wahrscheinlichkeiten: Der Kläger hat mit 50 % Recht und mit 50 % Unrecht. Genauer weiß der Richter zu Beginn des Prozesses nicht. Und der Kläger hat, wenn er Recht hat, mit 90 % geringe Kosten für den Zeugenbeweis. Wenn er Unrecht hat, ist der Zeugenbeweis dagegen für ihn mit 90 % Wahrscheinlichkeit teuer. Genauer als die Wahrscheinlichkeiten weiß der Richter nicht. Der Kläger aber weiß genau, ob der Beweis für ihn teuer ist.

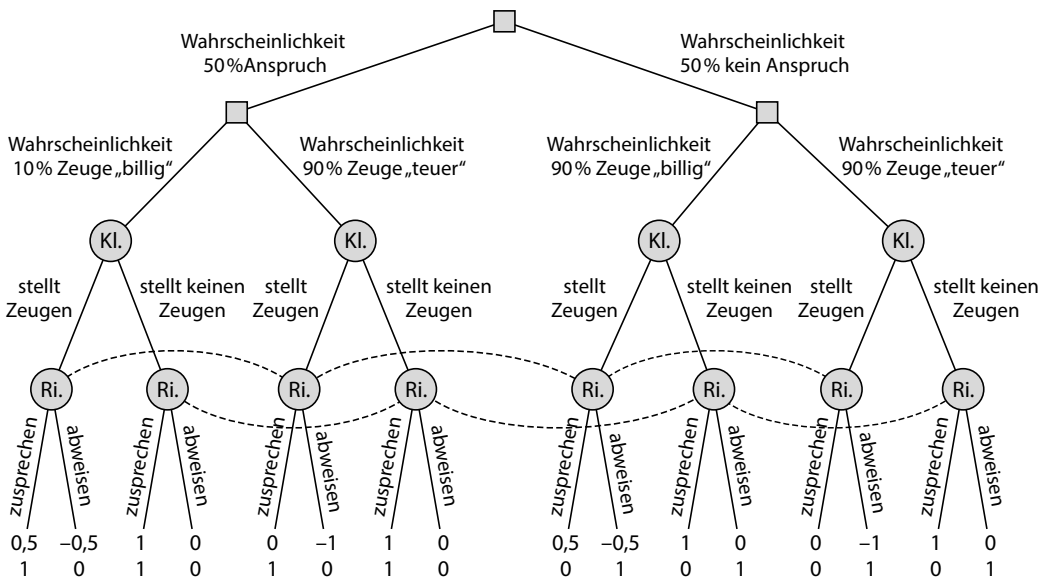


Abbildung 15: Der Beweis als strategische Interaktion zwischen Kläger und Richter.

Die Abbildung ist nur mäßig übersichtlich. Aber sie enthält nur, was schon gesagt wurde. Zuerst entscheidet die Natur, ob der Kläger Recht hat, dann setzt sie fest, ob die Kosten des Zeugenbeweises für ihn hoch sind. Anschließend zieht der Kläger, indem er entscheidet, ob er einen Zeugen beibringt. Und schließlich entscheidet der Richter. Die Bögen, die bestimmte Knoten verknüpfen, symbolisieren, dass der Richter die verbundenen Knoten nicht sicher unterscheiden

kann. Alle Kläger, mit Zeugen, sehen für den Richter erst einmal gleich aus und alle ohne ihrerseits ebenso.

## 2. Keine Lösung durch Rückwärtsinduktion

Versuchen wir die Lösung durch Rückwärtsinduktion. Beginnen wir am Knoten ganz links. Die Auszahlung des Richters für „Zusprechen“ beträgt 1, die für „Abweisen“ 0, denn der Anspruch des Klägers besteht in diesem Knoten und der Richter will richtig entscheiden. Er will also zusprechen. Wir würden „abweisen“ also gern streichen. Gehen wir nun fast ganz auf der anderen Seite der Abbildung zum zweiten Knoten von rechts. Der Anspruch besteht nicht, der Zeuge ist teuer, der Kläger stellt einen Zeugen. Hier würde der Richter gern abweisen, denn der Anspruch besteht ja nicht. Wir würden also gern „zusprechen“ streichen. Aber es besteht ein Problem. Wir können nicht am ersten Knoten von links „abweisen“ streichen und am zweiten Knoten von rechts „zusprechen“, denn die Knoten befinden sich in einer Informationsmenge, sind also gleich zu behandeln. Der Richter kann die beiden Knoten, wie die Bogenverbindungen zeigen, nicht unterscheiden. Er muss an beiden Knoten gleich entscheiden. Rückwärtsinduktion ist für Spiele in Extensivform mit unvollständiger Information also oft keine zielführende Lösungsmethode. Stattdessen muss der Richter die Entscheidung treffen, die angesichts rationaler Erwartungen darüber, in welcher der möglichen Realitäten er sich befindet, seine erwartete Auszahlung maximiert. Das beschreibt die Suche nach perfekt bayesianischen Gleichgewichten.

## 3. Bestimmung des perfekt bayesianischen Gleichgewichts

Der Richter muss sich zunächst Gedanken machen, in welcher Situation er sich angesichts der Handlungen des Klägers wahrscheinlich befindet. Dabei hilft folgende Beobachtung über den Kläger. Wenn die Kosten für die Beibringung eines Zeugen hoch sind, dann sieht es aus, als lohne es sich für ihn nicht, einen Zeugen zu benennen. Wenn er einen Zeugen benennt und gewinnt, verdient er nichts (0), wenn er verliert, verliert er sogar die Kosten des Zeugenbeweises in Höhe von -1. Wenn er in derselben Lage keinen Zeugen benennt, ist er wenigstens sicher, keinen Verlust zu machen (0, falls er verliert), und sollte er gar ohne Zeugen gewinnen, dann kann er immerhin den ganzen erstrittenen Betrag behalten (1).

Der Richter könnte sich also entschließen, eine Klage zuzusprechen, wenn ein überzeugender Zeuge beigebracht wird und abzuweisen, wenn das nicht geschieht. Für alle Kläger, für die der Zeuge billig ist, lohnt es sich dadurch, einen Zeugen zu stellen, denn dann wird ihre Klage zugesprochen (sie erhalten 0,5), während sie ohne Zeugen abgewiesen würde (0). Für alle Kläger, für die der

Zeuge teuer ist, lohnt es sich nicht, einen Zeugen zu benennen, denn sie verbessern ihre Situation durch Benennung des Zeugen und den daraus folgenden Prozesserverfolg nicht (0), weil die Kosten für den Zeugen den ganzen Prozesserverfolg auffressen. Sie stünden nur so gut, wie sie ohne Zeugen stünden (0). Und bei Auszahlungsgleichheit, so nehmen wir hier an, entscheiden sich Menschen für die Passivität.

Maximiert diese Strategie die Auszahlungen des Richters? Wie können wir die Auszahlungen des Richters überhaupt bestimmen? Sie hängen doch davon ab, ob er richtig entschieden hat. Und genau das weiß er doch auch am Ende des Prozesses immer noch nicht. Aber wir können seine erwarteten Auszahlungen errechnen, indem wir all die Endauszahlungen mit seinen subjektiven, rational gebildeten, und das heißt vor allem bayesianisch upgedateten Wahrscheinlichkeiten gewichten. Der Richter glaubt anfangs, die Klage sei zu 50 % eine berechnigte und zu 50 % eine unberechnigte. Wenn er nun beobachtet, dass der Kläger angesichts der richterlichen Strategie, zeugenlose Klagen abzuweisen, einen Zeugen stellt, muss er updaten.

Er sucht die Wahrscheinlichkeit  $P(\text{berechnigt} | \text{Beweis})$ . Diese errechnet sich nach Bayes' Regel:  $P(\text{berechnigt} | \text{Beweis}) = P(\text{Beweis} | \text{berechnigt}) \times \frac{P(\text{berechnigt})}{P(\text{Beweis})}$ . Die Wahrscheinlichkeit  $P(\text{Beweis} | \text{berechnigt})$  ist gleich 90 %, denn für 90 % der berechnigten Kläger ist es billig, einen Zeugen zu besorgen und angesichts der Strategie des Richters werden alle Kläger, für die es billig ist, einen Zeugen besorgen. Die Wahrscheinlichkeit  $P(\text{berechnigt})$  ist die Anfangswahrscheinlichkeit, dass der Kläger berechnigt ist. Sie beträgt 50 %. Das Produkt aus diesen beiden Wahrscheinlichkeiten, das den Zähler der gesuchten Wahrscheinlichkeit bildet, ist also  $90 \% \times 50 \% = 45 \%$ . Im Nenner steht die Wahrscheinlichkeit  $P(\text{Beweis})$ , die Gesamtwahrscheinlichkeit, dass irgendein Kläger unabhängig von seiner Berechnigung Beweis erbringt. Um sie zu finden, müssen wir schauen, für welchen Anteil der Kläger der Zeuge billig ist. Von den 50 % Berechnigten ist er für 90 % billig (macht 45 %) und für 10 % der unberechnigten 50 % ist er auch billig (macht 5 %). Insgesamt ist der Beweis also für 50 % der Kläger billig. Die gesuchte Wahrscheinlichkeit beträgt also  $\frac{45 \%}{50 \%} = 90 \%$ . Das heißt, ist der Richter erkennbar der festen Absicht, zugunsten von Klägern zuzusprechen, die einen Zeugen beibringen, und sieht der Richter einen Zeugen des Klägers, muss er seine subjektive Wahrscheinlichkeit für des Klägers Berechnigung auf 90 % erhöhen. Spricht er dann zu, kann er davon ausgehen, zu 90 % richtig zu liegen. Dasselbe gilt, wenn er seiner vorgefassten Absicht entsprechend abweist, weil kein Zeuge beigebracht wurde. Die erwartete Auszahlung des Richters beträgt also 90 % von 1, seiner Auszahlung für eine richtige Entscheidung, mithin 0.9. Diese Auszahlung liegt jedenfalls höher, als wenn er sich angesichts der 50 %igen Anfangswahrscheinlichkeit einfach entscheidet, alle Klagen abzuweisen (seine Auszahlung wäre dann 0,5). Und über 0.9 kann er nicht kommen, weil er mangels eines weiteren Signals im Modell keine Möglichkeit besitzt, die

Rechtsunsicherheit auszuräumen. Daher maximiert diese Strategie seine Auszahlung und ist seine beste Antwort.

Das vorgestellte Beweisbeispiel exemplifiziert den Mechanismus des *signalings*<sup>111</sup>. Beim *signaling* gehen Spieler eines bestimmten Typs sichtbar Kosten ein, die für Spieler anderer Typen zu hoch wären. Dadurch offenbaren sie ihren Mitspielern ihren Typ und motivieren sie so, sie besser zu behandeln. Das Schulbeispiel für diesen Mechanismus stammt von *Spence* und betrifft die Nutzung von Ausbildungsabschlüssen als Signal für hohe Produktivität eines Arbeitnehmers.<sup>112</sup> Arbeitnehmer sind vielleicht aufgrund ihrer Motivation, Leistungsbereitschaft, Intelligenz oder Frustrationstoleranz besonders produktiv. Den gleichen Eigenschaften haben sie vielleicht zu verdanken, dass sie etwa ein Studium vergleichsweise mühelos vollenden können. Fehlen diese Eigenschaften, könnte ein Studium mühsam, ein Abschluss vielleicht gar unerreichbar werden. Für die produktiven Typen bedeutet das, sie können sich durch ein abgeschlossenes Studium von weniger produktiven Typen abheben und etwa eine höhere Bezahlung erreichen – selbst, wenn das Studium sie überhaupt nicht auf den Beruf vorbereitet, sondern allein als Signal ihrer Eigenschaften dient. Auch auf den Mechanismus des *signalings* kommen wir zurück. Er ist eine Grundlage des gesamten Beweisrechts. Beweisbarkeit erfordert, dass Beweismittel für berechnigte Parteien günstiger zu beschaffen sind als für unberechtigte. Andererseits ist seine Nutzung über diese Grundeinsicht hinaus oft so aufwendig, dass sie für gerichtliche Institutionen nur in Ausnahmefällen zu bewältigen sein dürfte, obwohl *signaling* mehr Information in den Prozess schaffen könnte (vgl. hinten § 7 V.2. c)).

#### IV. Zusammenfassung

Dieses Kapitel hat erstens die Methode der Spieltheorie vorgestellt und dabei zweitens schon erste Einsichten aus ihrer Anwendung auf den Zivilprozess generiert.

Im Hinblick auf die Methode ist an dieser Stelle festzuhalten, dass in Spielen in Extensivform mit unvollständiger Information Rückwärtsinduktion oft nicht weiterhilft, weil ein Spieler für die Knoten, an denen er nicht sicher weiß, wo er sich befindet, für alle möglichen Fälle gleich entscheiden muss. So ergeht es auch dem Richter, der gern die Klage des berechtigten Klägers zusprechen und die des unberechtigten Klägers abweisen würde, aber eben gerade nicht weiß, ob die Klage berechnigt oder unberechnigt ist. Gleichzeitig verlangt die

<sup>111</sup> *Gibbons*, Game Theory for Applied Economists, 183 ff.; *Schmolke*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 135–166, 44 ff.; *Winter*, Grundzüge der Spieltheorie, 175 ff.

<sup>112</sup> *Spence*, Quarterly Journal of Economics 1973, 355–374.

vollständige Beschreibung des Gleichgewichts nicht nur die Beschreibung der Strategien, sondern auch die Beschreibungen der Überzeugungen, die die Spieler (im Beispiel der Richter) ihrem Kalkül zur Maximierung ihrer erwarteten Auszahlungen zu Grunde legen. Die Lösung für beide Probleme ist das perfekt bayesianische Gleichgewicht. In einer Situation, in der Spieler sich gern in einem Knoten für die eine und im anderen Knoten für die andere Richtung entscheiden würde, aber nicht wissen, in welchem Knoten sie sich befinden, bilden Spieler nach bayesianischen Methoden Überzeugungen darüber, in welcher Welt sie sich befinden (der Richter weiß bei Beibringung eines Zeugen, dass die Klage mit einer Wahrscheinlichkeit von 90 % berechtigt ist). Dann maximieren sie ihre Auszahlung auf der Grundlage dieser Überzeugung, indem sie eine einheitliche Entscheidung in allen ununterscheidbaren Knoten vornehmen (der Richter spricht angesichts der 90 %igen Wahrscheinlichkeit für Berechtigung immer zu und minimiert so seine Fehler). Wegen dieser zentralen Bedeutung der subjektiven Wahrscheinlichkeiten, und weil sich die subjektiven Wahrscheinlichkeiten angesichts der Handlungen der Mitspieler bilden, müssen sich in einem Gleichgewicht, das das Spiel löst, nicht nur die Strategien, sondern auch die Überzeugungen, die in der Spieltheorie „Beliefs“ genannt werden, in einem Gleichgewicht befinden.

*Winter* definiert perfekt bayesianische Gleichgewichte wie folgt:

Die „Anforderungen [an perfekt bayesianische Gleichgewichte] lauten (umgangssprachlich):

1. Jeder Spieler muss, wenn er am Zug ist, einen Belief darüber haben, in welchem Knoten er sich befindet.
2. Die Züge, welche die Spieler ausführen, sind die bestmöglichen Züge, die sich unter Beachtung der Beliefs ergeben.
3. Die Beliefs jedes Spielers werden nach *Bayes'* Regel gebildet unter der Annahme, die anderen Spieler würden Gleichgewichtsstrategien verfolgen.
4. Für Entscheidungsknoten, die nicht erreicht werden können, wenn alle Spieler Gleichgewichtsstrategien spielen, sind die Beliefs trotzdem nach der *Bayes'* Regel zu bilden, sofern dies möglich ist. Ist dies nicht möglich, können die Beliefs frei gewählt werden.“<sup>113</sup>

Im Hinblick auf die Einsichten in die Funktionsweise des Prozesses, die mit Hilfe der Spieltheorie in diesem Kapitel gewonnen wurden, ist erstens ein weiteres Argument gegen den *Nemo-tenetur*-Grundsatz erkennbar geworden und zweitens wurde mit dem Mechanismus des *signalings* ein weiterer Aspekt der Funktionsweise des Beweises offengelegt.

Der Prozess fügt dem Lebenskonflikt, der den Prozessgegenstand bildet, einen Contest hinzu. Damit belegt die Spieltheorie einerseits, dass der Beibringungsgrundsatz die Parteien wie beabsichtigt zu Anstrengungen für die Sachverhaltsermittlung anreizt. Zugleich ist aber auch deutlich geworden, dass dieser

<sup>113</sup> *Winter*, Grundzüge der Spieltheorie, 174.

Anreiz, soweit man durch höhere Investitionen in den Prozess seine Erfolgsaussichten verbessern kann, zu stark ist. Soweit allerdings die Partei, die im Recht ist, strukturelle Vorteile im Prozess genießt, wird der Anreiz zu exzessiven Investitionen in den Prozesserfolg abgeschwächt. Dies spricht gegen ein Prozessrecht, das den Geschickten erlaubt, ihre Geschicklichkeit frei auszuspielen und auch gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz, der in der Mehrzahl der Fälle der Partei im Unrecht dient.

Gleichzeitig weist diese erste spieltheoretische Analyse des Beweises auf einen grundlegenden Aspekt des Beweises hin. Der Beweis ist nur insoweit ein Signal für die Berechtigung des Anspruchs, wie es der Partei, die wahrheitsgemäß vorträgt, leichter fällt, ihre Behauptung zu beweisen als ihrem Gegner. Anderenfalls ist Wahrheitsfindung im Prozess überhaupt nicht denkbar. Auch dies ist ein Appell an den Gesetzgeber, aber auch an den die Normen konkretisierenden Rechtsanwender, darauf zu achten, dass der Beweis für die Partei, die wahrheitsgemäß vorträgt, leichter sein muss als für die, die unwahr vorträgt.

## § 7 Die Mechanismen des Beibringungsgrundsatzes

Nachdem die erforderlichen Methoden vorgestellt wurden, wird nun in diesem Kapitel die zentrale Frage der Arbeit beantwortet: Erlaubt der Beibringungsgrundsatz die Aufklärung von Fällen, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei Beweismittel besitzt? Dazu wird untersucht, was der Beibringungsgrundsatz leisten kann. Es wird deutlich, dass der Richter, selbst wenn nur die nicht beweisbelastete Partei Beweismittel besitzt, oft praktisch alle relevanten Tatsachen zur vollen Überzeugung feststellen kann. Dazu bedarf es weder Auskunftsansprüchen der Parteien noch gesonderten Amtsermittlungsbefugnissen des Gerichts. Der Richter muss allein seinen „strategischen Skeptizismus“ auf noch zu erklärende Weise nutzen. Aus dieser Feststellung ergibt sich die Frage: Ist dem Richter die Nutzung des strategischen Skeptizismus überhaupt erlaubt? Diese Frage wird bis zum folgenden § 8 aufgeschoben.

Der Beibringungsgrundsatz ist so nützlich, weil er es dem Gericht unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht, private Informationen zu nutzen, die die Parteien freiwillig vorbringen und beweisen. Er dispensiert die staatlichen Stellen davon, mit teuren Verfahren oder gar Zwangsmitteln Informationen über Sachverhalte zu suchen, die sich im Privatbereich der Parteien abgespielt haben – so wie es unter Geltung der *Offizialmaxime* notwendig wäre. Vor allem aber ermöglicht der Beibringungsgrundsatz es dem Richter, unter bestimmten Umständen auf relativ naive Weise zutreffend auf den wahren Sachverhalt zu schließen, indem er den detailliertesten Sachverhalt, der sich aus den von Kläger und Beklagtem vorgetragenen Fakten bilden lässt, zu Grunde legt. Relativ naive heißt dabei vor allem zweierlei: Er muss die Motive der Parteien nicht genau erforschen und er braucht vor dem Prozess praktisch kein Wissen darüber, welche Art von Information für die Entscheidung des Falls von Bedeutung ist. Soweit also die Voraussetzungen seiner Funktionsweise erfüllt sind, kann der Beibringungsgrundsatz nicht nur zutreffendere Ergebnisse erzielen, als sie unter Geltung des Untersuchungsgrundsatzes erreichbar wären.<sup>1</sup> Vor allem sind diese Ergebnisse mit viel weniger Aufwand zu erreichen als unter dem Aufklärungsgrundsatz (zu der Funktionsweise dieses „Vereinigungsmechanismus“ näher unter § 7 I.).

Neben dem Vereinigungsmechanismus, der den Interessengegensatz der Parteien ausnutzt, wirkt im Beibringungsgrundsatz noch ein zweiter. Auch wenn

---

<sup>1</sup> *Spier*, in: Shavell/Polinsky (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, 259–342, 314 ff.



nur eine Partei Zugriff auf Informationen und Beweismittel hat, kann der Richter sich aus dem Vorbringen der Parteien unter bestimmten Umständen optimal informieren, indem er die Beweislast nutzt oder auf strategische Weise skeptisch gegenüber der Nichtvorlage von Beweismitteln durch die informierte Partei ist (zur Funktionsweise dieses Mechanismus § 7 II. bis § 7 V.). Während der erste Mechanismus in der juristischen Literatur intuitiv zutreffend erfasst sein dürfte, scheint die Reichweite des zweiten, soweit er die nicht beweisbelastete Partei betrifft, weitgehend übersehen worden zu sein. Das mag auch daran liegen, dass Zweifel daran bestehen könnten, ob er noch vom Beibringungsgrundsatz umfasst und zulässig ist. Diesen Zweifeln widmet sich erst § 8.

### I. Die Funktionsweise des Beibringungsgrundsatzes bei beidseitigem Beweismittelzugriff

Die überkommene Wirkweise des Beibringungsgrundsatzes in der Ausprägung des „Vereinigungsmechanismus“ lässt sich im Grundsatz einfach illustrieren. Man stelle sich vor, beide Parteien haben den gleichen Zugang zu einem imaginären „Pool“ von Informationen. Beide Parteien können nun entscheiden, die Information kostenfrei und durch Beweis überprüfbar in den Prozess einzuführen, d. h. im Ausgangspunkt sei angenommen, jede Partei könne wahre Behauptungen ohne weiteres beweisen. Wir trennen also zunächst nicht zwischen Darlegungs- und Beweisebene und stellen uns vor, jedes Stück Information, das aus dem Pool vorgelegt werde, sei umgehend zu beweisen, was beiden Parteien auch ohne weiteres möglich sei. Weil die Parteien alles Vorbringen unmittelbar beweisen müssen, sei das Lügen zumindest so unattraktiv für die Parteien, dass es praktisch ausgeschlossen erscheint. Bis die Annahme, dass Lügen ausgeschlossen sind, überprüft wird (hinten § 7 V.3.), können wir die Trennung von Darlegung und Beweis in der Darstellung der Mechanismen ignorieren, weil jede Darlegung nur relevant ist, soweit sie bewiesen wird. Wir nennen daher auch die zum Beweis fähige Partei verkürzend „die informierte Partei“.

Unter diesen Umständen ist die einzige Sorge, dass die Parteien das Ergebnis des Prozesses durch eigennützige Zurückhaltung von Information verzerren. Das kontradiktorische Verfahren erzeugt aber für jedes Stück Information einen Anreiz zur Vorlage.<sup>2</sup> Die Kraft, die dabei im Beibringungsgrundsatz wirkt, ist die annähernd perfekte Gegenläufigkeit der Interessen der Parteien im Streit vor Gericht. Alles, was für den Kläger vorteilhaft ist, gereicht dem Beklagten zum Nachteil und andersherum.<sup>3</sup> Der Kläger hat einen Anreiz, jede Information aus dem Pool vorzulegen, die für ihn günstig ist. Aber jede Infor-

---

<sup>2</sup> *Milgrom/Roberts*, RAND Journal of Economics 1986, 18–32, 19.

<sup>3</sup> Warum das so ist, wird sogleich im Folgenden näher aufgeklärt.

mation, die er gern zurückhalten würde, ist für den Beklagten günstig, so dass der Beklagte seinerseits einen Anreiz hat, diese im Pool verbliebene Information vorzulegen. So werden alle Informationen von den Parteien freiwillig offenbart und der Richter kann sich darauf beschränken die – ggf. bewiesenen – Vorträge der beiden Parteien zu einem möglichst detaillierten Sachverhalt zu vereinigen.

Diese zentrale Intuition des Beibringungsgrundsatzes ist in der spieltheoretischen Informationsökonomik genauer ausgeleuchtet worden, um zu klären, wie weit sie trägt, unter welchen Umständen sie gilt und welche Anforderungen ihre Geltung an den Entscheider stellt.<sup>4</sup> Der Richter kann sich, wenn beide Parteien gleiche Informations- und Beweismöglichkeiten haben, unter Geltung des Beibringungsgrundsatzes darauf beschränken, die Gesamtheit dessen, was die Parteien im Wissen um das Beweiserfordernis vortragen, zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen, und wird damit den für das Klageziel relevanten Sachverhalt *vollständig* zu Grunde legen. Das Beweiserfordernis verhindert Lüge, der Vereinigungsmechanismus gewährleistet Vollständigkeit. Der Kern dieses durch den Beibringungsgrundsatz ermöglichten Mechanismus besteht darin, dass jede von zwei Parteien mit gegensätzlichen Interessen die Möglichkeit hat, die gerichtlichen Tatsachenfeststellungen *allein* näher an den wahren Sachverhalt zu rücken. Deshalb beseitigt jede Partei Unklarheiten, die noch zu Gunsten ihrer Gegnerin bestehen, so lange, bis dem Gericht der vollständig aufgeklärte, wahre Sachverhalt vorliegt. Dieser Mechanismus wirkt nur, soweit bestimmte Annahmen tatsächlich erfüllt sind.

Eine zentrale und nicht unproblematische<sup>5</sup> Annahme ist zunächst, dass Lügen ausgeschlossen sind. Sie wird hier zunächst vorläufig in Übereinstimmung mit der spieltheoretischen Literatur getroffen, um einen ersten präzisen Zugriff auf das Problem zu ermöglichen. Später wird geklärt, inwieweit die Ergebnisse auch gelten, wenn Lügen möglich sind.<sup>6</sup> Die Annahme, dass Lügen ausgeschlossen sind, macht das Modell aber nicht generell unrealistisch. Die Anforderung, das eigene Vorbringen auch zu beweisen, macht Lügen vor Gericht oft schwierig. Zusätzlich muss derjenige, der bewusst lügt, fürchten, sich später einer Verfolgung wegen Prozessbetrugs ausgesetzt zu sehen, was das Lügen zusätzlich weniger attraktiv macht. Die beschriebene Dynamik gilt für solche Fälle, in denen jede Partei ihre wahren Behauptungen auch beweisen kann und andersherum auch nur behauptet, was sie beweisen kann. Und sie beschreibt Fälle, in denen es den Parteien – aus praktischen, moralischen oder rechtlichen Gründen – zu aufwendig erscheint, zu lügen bzw. so gut zu lügen,

---

<sup>4</sup> *Milgrom/Roberts*, RAND Journal of Economics 1986, 18–32.

<sup>5</sup> Vgl. *Froeb/Kobayashi*, in: Sanchirico (Hrsg.), Procedural Law and Economics, 1–18, 4. Kritisch auch *Sanchirico*, in: Parisi (Hrsg.), The Oxford Handbook of Law and Economics, 171–200, 182 ff.; *Sanchirico*, in: Sanchirico (Hrsg.), Procedural Law and Economics, 203–270, 239 ff.

<sup>6</sup> Vgl. hinten § 7 V. 3.

dass die Lügen nicht aufgedeckt werden.<sup>7</sup> Sie dürften die Mehrheit aller Fälle ausmachen.<sup>8</sup>

Zurückhaltung von Information, gleichbedeutend mit fehlender Präzision, ist das Mittel der Wahrheitsverzerrung, das den Parteien noch bleibt, wenn Lügen ausgeschlossen sind. Unpräzise Angaben können wahr sein, wenn sie den wahren Fall umfassen. Aber sie können zu einer wahrheitswidrigen Sachverhaltsfeststellung führen, wenn der Entscheider verkennt, wie genau sie die Wahrheit umfassen. Der Geschädigte kann wahrheitsgemäß berichten, der Schädiger habe ihn geschlagen und verschweigen, dass der Schädiger in Notwehr handelte. Der Geschädigte kann behaupten, der Schaden habe bis zu 8000 Euro betragen. Diese Aussage ist wahr, wenn der Schaden 3500 Euro betrug, aber der Geschädigte will durch diese Angabe vielleicht gerade erreichen, dass der Entscheider glaubt, der Schaden habe etwa 5500 Euro betragen. Solche unpräzisen Angaben sind, soweit die Partei über die präzise Information verfügt und sie beweisen kann, nichts weiter als Zurückhaltung von Information. Statt die Tat sofort in ihren Kontext einzuordnen, wird sie isoliert berichtet. Statt den Schaden klar zu kommunizieren, wird nur der Bereich eingegrenzt, in dem er liegt. Genau solche Zurückhaltungen von Information verursacht unter dem Beibringungsgrundsatz keine Schwierigkeiten, wenn beide Parteien gleichermaßen Zugriff auf die relevante Information haben, weil der Schädiger seinerseits die Sachverhaltsschilderung näher an die Realität rücken kann, indem er den Kontext der Tat schildert oder den Schaden präzisiert.

Auch den Interessengegensatz, der Voraussetzung der fruchtbaren Wirkung des Vereinigungsmechanismus ist, kann man präziser fassen. Er liegt vor, wenn von zwei möglichen Tatsachenfeststellungen eine Partei die eine Feststellung bevorzugt und die andere Partei die andere Feststellung wünscht.<sup>9</sup> Genereller ließe sich sagen, der Interessengegensatz bestünde jedenfalls, wenn die Präferenzordnung der einen Partei über die möglichen Feststellungen die Um-

<sup>7</sup> Zu den kognitiven Schwierigkeiten des Lügens *Bender/Häcker/Schwarz*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 67 ff.; *Sanchirico*, Stanford Law Review 2004, 291–365.

<sup>8</sup> Auch andere haben Lügen im Vergleich zum Irrtum des Zeugen als ein überschätztes Problem der Sachverhaltsfeststellung vor Gericht angesehen, etwa gleich zu Beginn ihres Buchs *Bender/Häcker/Schwarz*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4.

<sup>9</sup> *Milgrom/Roberts*, RAND Journal of Economics 1986, 18–32, 24 ff.: Es muss für die Sachverhaltsrekonstruktion gewährleistet sein, dass es immer eine Partei gibt, die der Entscheidung aufgrund der unwahren Sachverhaltsrekonstruktion eine Entscheidung aufgrund einer wahren Sachverhaltsrekonstruktion vorzieht. Das ist auch der Fall, wenn die Interessen wie im Zivilgerichtsprozess genau diametral entgegengesetzt sind. Die Tatsachenbehauptungen der Parteien, die das Gericht zu Grunde legen kann, seien „x“, „y“ und „z“. Ferner sei „u“ der Nutzen der einen Partei und „v“ der Nutzen der anderen. Dann sollte im Zivilprozess gelten,  $u(x) > u(z) > u(y)$  und  $v(x) < v(z) < v(y)$ , wenn „z“ die wahre Tatsachenbehauptung ist. Jede Partei würde dann die Entscheidung aufgrund der wahren Tatsachenbehauptung derjenigen vorziehen, die aufgrund einer Tatsachenbehauptung ergeht, die der anderen Partei günstiger ist. Daher hat immer eine Partei einen Anreiz, verbleibende Unsicherheit zu Gunsten der Wahrheit zu präzisieren.

kehrung der Präferenzordnung der anderen wäre. Das ist im Zivilprozess der Fall. Soweit es um die streitige Entscheidung geht,<sup>10</sup> streiten die Parteien um einen Geldbetrag oder einen geldwerten Gegenstand. Was der eine vom umstrittenen Gegenstand gewinnt, verliert der andere und andersherum. Für jede Tatsache, die den Anspruch des Klägers stützt, wünscht der Kläger die Feststellung und der Beklagte wünscht ihre Nichtfeststellung. Das beschreibt die hier definierten gegensätzlichen Interessen geradezu paradigmatisch: Für jede anspruchsbegründende Tatsache wünscht der Kläger die Feststellung und der Beklagte die Nichtfeststellung. Für jede rechtfertigende Tatsache ist es andersherum. Für jeden weiteren Euro des Schadens wünscht der Kläger seine Feststellung und der Beklagte das Gegenteil.

In dieser Situation, in der beide Parteien vollständig über den Sachverhalt informiert sind, beide ihre Informationen kommunizieren und beweisen können, Lügen ausgeschlossen und die Interessen der Parteien ausreichend gegenläufig sind, kann der Richter sich darauf verlassen, durch Vortrag und Beweis der Parteien ohne sein Zutun so informiert zu werden, als hätte er ohne weiteres selbst Zugriff auf die Informationen über den Fall. Dabei muss er selbst vorher nicht einmal wissen, welcher Art Informationen in dem Fall relevant sind und welche nicht, oder welche Sachverhalte möglich wären, denn die Parteien werden es ihm wahrheitsgemäß mitteilen. Auch über die Motive, Ziele und Präferenzen der Parteien muss er nicht mehr wissen, als dass sie gegenläufig sind. Vor allem aber muss der Richter in dieser Situation nicht einmal versuchen, die Parteien zu durchschauen. Er muss nicht erforschen, was der Kläger verschweigt, wenn sie vom Schlag des Beklagten berichtet. Der Beklagte wird ihm die Notwehrlage schildern. Der Richter muss nicht rätseln, was der Kläger ihm sagen will, wenn er mitteilt, der Schaden habe bis zu 8000 Euro betragen. Denn bevor er vom Kläger überzeugt wird, der Schaden betrage 5500 Euro, hat der Beklagte einen Anreiz vorzutragen und zu beweisen, dass der Schaden genau 3500 Euro betrage. Die konkrete Beweisführungslast (subjektive Beweislast) beschreibt diesen Anreiz (zu ihr sogleich unter § 7 III. 1. b)).

---

<sup>10</sup> In den Vergleichsverhandlungen ist das anders. Vergleiche werden allerdings im Schatten der streitigen Entscheidung ausgehandelt und sind außerdem oft schwer zu erreichen. Vielleicht überschätzt jede Partei ihre eigenen Chancen (*Spier*, in: Shavell/Polinsky [Hrsg.], *Handbook of Law and Economics*, 259–342, 277f.), vielleicht bestehen Informationsasymmetrien, die eine Einigung verhindern (*Spier*, in: Shavell/Polinsky [Hrsg.], *Handbook of Law and Economics*, 259–342, 272–277). Wäre eine Einigung leicht möglich gewesen, hätten die Parteien sich sinnvollerweise schon vor der Klage verglichen, als Prozess- und vielleicht auch Anwaltskosten noch nicht angefallen waren.

## II. Die Aufklärungshindernisse durch fehlenden Zugriff einer Partei auf verifizierbarer Information

Ist aber die Beweismittelbeschaffung für eine Partei viel teurer als für die andere, kann im Extrem nur eine Partei überhaupt auf relevante Beweismittel zugreifen. Dann kann zumindest der Wettbewerb der Parteien mit gegensätzlichen Interessen das Gericht bei der Tatsachenfeststellung nicht mehr unterstützen, denn ein Wettbewerber fällt vollständig aus.

Bisher hatten wir implizit angenommen, dass die Kosten der Beweisvorlage für beide Parteien so klein sind, dass sie die Parteien nicht von der Beweismittelvorlage abhalten, wenn diese dadurch den Prozess gewinnen würden. Das wahrscheinlich häufigste Argument für Aufklärungsansprüche oder -rechte der Parteien<sup>11</sup> ist – in ökonomische Diktion übersetzt – die Sorge, dass die Annahme gleichermaßen geringer Kosten der Beweisvorlage für beide Parteien häufig nicht die Realität widerspiegelt. Es ist möglich, dass zwar Beweismittel bestehen, dass aber eine Partei keine Möglichkeit hat, auf diese Beweismittel zu zumutbaren Kosten zuzugreifen oder sie vorzulegen.<sup>12</sup> Damit dieses Problem entsteht, ist es gar nicht notwendig, dass der Zugriff auf oder die Vorlage von Beweismitteln für eine Partei ganz unmöglich ist. Es genügt, dass die Kosten der Beweisvorlage für eine Seite größer sind als der Vorteil aus dem Prozessserfolg. Die betreffende Partei würde bei derart hohen Beweiskosten den Prozess lieber bei Vermeidung der Beweiskosten verlieren als ihn bei Eingehung der Kosten zu gewinnen. Man mag einwenden, dass doch der Verlierer die Gerichtskosten und mit ihnen auch etwaige teure Sachverständigengutachten zahle. Aber mit dem Beweis könnten etwa Geschäfts- oder auch Privatgeheimnisse preisgegeben werden, deren Veröffentlichung weit größere – vielleicht emotionale – Kosten verursachen würde als der Prozessserfolg Nutzen brächte, und die sicher nicht als Prozesskosten erstattet würden. Oder der Zugriff auf den Beweis könnte schlicht „praktisch unmöglich“ sein. Auch dies bedeutet ökonomisch nichts anderes als prohibitiv hohe Beweiskosten. Prohibitiv hohe Beweiskosten einer Seite können häufig vorkommen, etwa, weil ein Beweismittel nur in der Hand des Gegners entstanden ist. Ist in diesen Fällen nur einseitigen Zugriffs auf Beweismittel die fruchtbare Wirkung des Beibringungsgrundsatzes gänzlich verloren?

---

<sup>11</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 294ff. und zusammenfassend 468f.; *lege ferenda Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 311ff.; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 62ff.

<sup>12</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 6, 9ff. und zusammenfassend 460; *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 302f.; mit anschaulichen Fallbeispielen *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 2f.

### III. Der Zugriff nur der beweisbelasteten Partei: Schließen aus der Beweislast

Die fruchtbare Wirkung des Beibringungsgrundsatzes ist zumindest dann offensichtlich nicht verloren, wenn eine Partei bekanntermaßen Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel hat und diese Partei auch die Beweislast trägt. Die Beweislast motiviert dann die allein beweisfähige Partei zur vollständigen Vorlage. Die Reichweite der Beweislast als Motivation zur Sachaufklärung wird hier knapp beleuchtet. Dabei wird insbesondere auch der begriffliche Rahmen eingeführt, in dem die Beweislast in den Rechtswissenschaften heute behandelt wird (unter § 7 III.1.), bevor dann ausgeführt wird, dass Beweislastentscheidungen und Sachverhaltsaufklärung zuweilen näher beieinanderliegen, als man denkt (unter § 7 III.2.).

#### 1. Der Begriff der Beweislast

Die objektive Beweislast ist für das Funktionieren der „Vereinigungsmethode“ und damit für die Sachverhaltsaufklärung bei symmetrischer Verteilung des Beweismittelzugriffs wie gesehen nicht essentiell, was Zweifel an der verbreiteten Bezeichnung der Beweislast als „Rückgrat des Zivilprozesses“<sup>13</sup> säht. Die Beweislast ist vorrangig ein Rechtsinstitut, das das Gericht, wie vom Justizgewähranspruch gefordert, auch dann entscheidungsfähig hält, wenn nicht genügend Information aktiviert wird, um eine Überzeugung des Gerichts über den Sachverhalt zu stützen.<sup>14</sup> Für diesen Fall verteilt die Beweislast das Risiko zwischen den Parteien des Rechtsstreits.<sup>15</sup> Bei beidseitigem kostengünstigen Zugriff der Parteien auf die Beweismittel ist sie für die Sachverhaltsaufklärung nicht notwendig. Wenn aber überhaupt nur die beweisbelastete Partei über Beweismittel verfügt, ermöglicht die Beweislast nicht nur eine Entscheidung im Falle fehlender Aufklärung, sondern bewirkt unter Umständen selbst die Sachverhaltsaufklärung. Bevor ihre Wirkung auf den Aufklärungsprozess näher erörtert wird, wird die Beweislast kurz begrifflich gefasst.

---

<sup>13</sup> *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 714; *Kegel*, in: Biedenkopf/Coing/Mestmäcker (Hrsg.), Das Unternehmen in der Rechtsordnung: Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages am 12. September 1967, 321–344, 337 mit Verweis auf Rosenberg; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 9: Grundbegriffe der Beweislast Rn. 4, der die Urheberschaft Hamm zuschreibt; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 105; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 116, Rn. 42.

<sup>14</sup> *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 713 f.; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 9: Grundbegriffe der Beweislast Rn. 1–2 und besonders deutlich 13; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 96; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 116, Rn. 1–3.

<sup>15</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 103; AK-ZPO/Rüßmann, Vor § 284 ZPO Rn. 15; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 93.

## a) Die Beweislast

Der Richter stellt den Sachverhalt, den er seinem Urteil zu Grunde legt, im Kern nach §§ 130 Nr. 3–5, 138 I, III, 286 I ZPO fest. Zunächst stellen die Parteien Behauptungen über den Sachverhalt auf und stellen dann jeweils die Behauptungen des Gegners nach ihrem Ermessen durch Bestreiten streitig oder gestehen sie – in der Regel durch Schweigen – zu. Nur die streitigen Tatsachenbehauptungen stellen sie unter Beweis. Der Richter entscheidet schließlich nach seiner freien Überzeugung, welche der bestrittenen Tatsachenbehauptungen der Parteien er für wahr und welche er für unwahr hält, um dann durch Zusammenfügen der unstrittigen und der für wahr gehaltenen Tatsachenbehauptungen den Sachverhalt des Urteils zu bestimmen. Wie im voranstehenden Abschnitt gezeigt, würde der Vortrag des Gegners aber oft ausreichen, um einen Vorlageanreiz für die Partei zu generieren. Für die Aufklärung ist die Beweislast daher nicht zentral. Die objektive Beweislast ist die Antwort auf die am Ende des Prozesses im Falle des *non liquet* zu stellende Frage, zu wessen Nachteil zu entscheiden ist, soweit die Sachverhaltsaufklärung fehlgeschlagen ist.<sup>16</sup> Grundsätzlich trägt derjenige, „[d]er einen Anspruch geltend macht, [die Beweislast für] die zur Begründung desselben erforderlichen Tatsachen [...]“. Wer die Aufhebung eines Anspruchs und die Hemmung der Wirksamkeit desselben geltend macht, hat die Tatsachen zu beweisen, welche zur Begründung der Aufhebung oder Hemmung erforderlich sind.“<sup>17</sup> So lautet der § 193 des 1. Entwurfs zum BGB, der heute in Form der Normentheorie gilt, obwohl er nicht in die Kodifikation aufgenommen wurde.<sup>18</sup> Man befand schlicht, er formuliere eine Selbstverständlichkeit:<sup>19</sup> Jeder muss die Voraussetzungen der ihm günstigen Norm beweisen.<sup>20</sup> Die für die Anwendung der Normentheorie notwendige Unterscheidung von rechtsbegründenden Tatsachen einer- und rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen andererseits ist nicht immer einfach.<sup>21</sup> Gewissen Zuspruch hat die Lösung gefunden, zeitlich zu unterscheiden, und alle Tatsachen bis zur Entstehung des Rechts als rechtsbegründend zu behandeln und alle Tatsachen, die danach eintreten, als gegen-

<sup>16</sup> Zöller/Greger, Vor § 284 ZPO Rn. 15, 18; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 57, 59; Stein/Jonas-ZPO 2008/Leipold, § 286 ZPO Rn. 48; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 100ff.

<sup>17</sup> Zitiert bei Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 267.

<sup>18</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 113–114; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 267; AK-ZPO/Rüßmann, Vor § 284 ZPO Rn. 17; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 105–106.

<sup>19</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 113–115.

<sup>20</sup> Diederichsen, VersR 1966, 211–222, 212; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 64; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 113–115; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 105–106.

<sup>21</sup> AK-ZPO/Rüßmann, Vor § 284 ZPO Rn. 18.

rechtsbegründend.<sup>22</sup> Einigkeit besteht weitgehend darüber, dass die Beweislast abstrakt-generell bestimmt ist und nicht von Fall zu Fall abgeändert werden kann.<sup>23</sup> Zur Begründung wird zum Teil auf die Rechtssicherheit rekurriert, die andernfalls gefährdet werde.<sup>24</sup> Auch auf die Rechtsanwendungsgleichheit wird zur Begründung verwiesen.<sup>25</sup> Und schließlich wird auch vertreten, eine abstrakt-generelle Beweislastverteilung sei verfassungsrechtlich geboten,<sup>26</sup> etwa weil die Risikozuweisung so grundlegend sei, dass der Gesetzgeber sie selbst treffen müsse.<sup>27</sup>

### b) Die Subjektive Beweislast (Beweisführungslast)

Neben die objektive Beweislast tritt die subjektive Beweislast (auch Beweisführungslast),<sup>28</sup> welche die Partei trifft, die den Prozess verliert, wenn sie den nächsten Beweis nicht führt.<sup>29</sup> Bedeutung erlangt die Beweisführungslast etwa, wenn gefragt wird, an wen eine Anregung zur Bezeichnung von Beweismitteln zu richten ist, oder ob ein Gegenbeweis schon zu erheben ist (nämlich nicht, wenn der Beweis der primär beweisführungsbelasteten Partei noch nicht geführt ist).<sup>30</sup> Nun will der eine beweisen, um den Nachteil des *non liquets* zu vermeiden. Hat dieser bewiesen, will der andere beweisen, um eine Sachverhaltsfeststellung zu seinen Ungunsten zu vermeiden. Entsprechend wird die Beweisführungslast zum Teil weiter differenziert in abstrakte Beweisführungslast und konkrete Beweisführungslast.<sup>31</sup> Die abstrakte Beweisführungslast obliegt dem, der den Prozess verlöre, wenn er nicht *am Beginn des Prozesses* Beweis anbietet. Sie liege fest bei der Partei, bei der auch die objektive Beweislast liegt. Die konkrete Beweisführungslast bezeichne dagegen das Risiko des Pro-

<sup>22</sup> Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 268; ihm zustimmend AK-ZPO/Rüßmann, Vor § 284 ZPO Rn. 17.

<sup>23</sup> Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 109; Zöller/Greger, Vor § 284 ZPO Rn. 17; Laumen, MDR 2017, 797–799, 798; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 59; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 103; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 123.

<sup>24</sup> Laumen, MDR 2017, 797–799, 798; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 59; Kraatz, Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung: Zum „strafprozessualen“ Anscheinsbeweis, 82.

<sup>25</sup> Laumen, MDR 2017, 797–799, 798; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 59.

<sup>26</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 59.

<sup>27</sup> In diesem Sinne ist wohl AK-ZPO/Rüßmann, Vor § 284 ZPO Rn. 17 zu verstehen. Vgl. ganz in diesem Sinne für das amerikanische Recht Stein, Foundations of Evidence Law, 13.

<sup>28</sup> Zu den unterschiedlichen Gepflogenheiten der Benennung knapp Stein/Jonas-ZPO 2008/Leipold, § 286 ZPO Rn. 51 Fn. 106 m. w. N.; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 101–102.

<sup>29</sup> Zöller/Greger, Vor § 284 ZPO Rn. 18; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 60; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 100ff.; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 99.

<sup>30</sup> Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 99.

<sup>31</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 61.



zessverlusts durch fehlenden Beweisantritt, weil sich das Gericht auf der Basis der bisher vorliegenden Beweise eine Überzeugung zum Nachteil der konkret beweisführungsbelasteten Partei bilden würde; sie wechsele zwischen den Parteien, je nachdem, welche Überzeugung sich das Gericht nach den bisher vorliegenden Tatsachen bilden würde.<sup>32</sup> Die Differenzierung der Beweisführungslast in abstrakte und konkrete erscheint mir vor allem deshalb entbehrlich, weil die abstrakte einen notwendigen Reflex der objektiven Beweislast bezeichnet. Mir scheint, diesen Reflex kann man mit der ihn verursachenden Last ausreichend umschreiben. Hier soll daher nur zwischen (objektiver) Beweislast und (konkreter) Beweisführungslast unterschieden werden. Synonym mit „Beweisführungslast“ verwende ich den Begriff „subjektive Beweislast“.

Auf Grundlage dieser Begriffsbestimmung wird etwa erkennbar, dass Beweislastumkehrungen und (gesetzliche) Vermutungen dasselbe sind. Die Beweislast bewirkt im Falle des *non liquet* die Fiktion einer Tatsache, die dem Urteil zu Grunde zu legen ist.<sup>33</sup> Genau das tut auch die gesetzliche Vermutung.<sup>34</sup>

## 2. Die Beweislast kann Überzeugung stiften

Obwohl die Beweislast vor allem das Risiko des *non liquets* zwischen den Parteien verteilt, geht von der Gefahr, den Prozess im Falle fehlgeschlagener Aufklärung zu verlieren, unbestreitbar ein entscheidender Anreiz für die beweisbelastete Partei aus, sich für die Sachverhaltsaufklärung zu engagieren. Sieht der beweisbelastete Kläger voraus, dass der Richter, soweit keine Beweismittel vorgelegt werden, per Beweislast gegen ihn entscheiden wird, wird er solche Beweismittel vorlegen, die ihn begünstigen. Besitzt er dagegen nur Beweismittel, die ihn belasten, wird er trotz Beweislast nichts vorlegen. Aus diesem Vorlageanreiz kann der Richter unter Umständen auf den Inhalt des Beweismittels schließen – wenn er weiß, dass die beweisbelastete Partei ein aussagekräftiges Beweismittel leicht vorlegen kann.

Nehmen wir an, der Prozessausgang hänge allein vom Beweis des Verschuldens des Beklagten ab. Der Richter wisse, dass der beweisbelastete Kläger irgendein aussagekräftiges Beweismittel hat, das er ohne größere Kosten vorlegen kann. Nun kann er auf den Inhalt des Beweismittels schließen: Legt der Kläger nichts vor, muss das Beweismittel gegen ihn sprechen und also fehlendes Verschulden des Beklagten belegen.

Wenn die beweisbelastete Partei nicht vorlegt, würde der aufmerksame Richter also eigentlich nicht nach Beweislast entscheiden. Er hätte sich vielmehr davon überzeugt, dass das nicht vorgelegte Beweismittel des Klägers belegt,

<sup>32</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 61; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 106.

<sup>33</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 109.

<sup>34</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 135.

dass dem Beklagten kein Verschulden anzulasten ist und könnte daher nach § 286 ZPO das fehlende Verschulden feststellen.

Dies illustriert, dass sich die Wirkung der Beweislast nicht allein darauf beschränkt, das Gericht im Falle fehlender richterlicher Überzeugung entscheidungsfähig zu halten, und für diesen Fall das Risiko zwischen den Parteien zu verteilen. Indem die Beweislast das Risiko der fehlgeschlagenen Sachverhaltsaufklärung verteilt, setzt sie Anreize für das Prozessverhalten der Parteien, die konkrete Auswirkungen auf die Aufklärung haben. Diese Wirkung stellt sich allerdings eher als ein Reflex der Beweislast dar, als dass sie ein Element ihres Normprogramms wäre,<sup>35</sup> denn relevant wird diese Wirkung nur im zufällig vorliegenden Unterfall ihres Anwendungsbereichs, wenn allein die beweisbelastete Partei Zugriff auf Beweismittel hat. Andernfalls führt der Vereinigungsmechanismus zu zutreffender Sachverhaltsaufklärung.

#### IV. Der Zugriff nur der nicht beweisbelasteten Partei: Grossman'sches Schließen

Diese Form der Aufklärung durch das Schließen aus Schweigen lässt sich nicht allein durch die Beweislast bewirken. Der Richter kann auch im Rahmen seiner Beweismwürdigung „strategischen Skeptizismus“ nutzen, um entsprechend bei Nichtvorlage der *nicht* beweisbelasteten, aber allein beweisfähigen Partei aufzuklären. Das dazu notwendige Vorgehen wird nun erläutert.

##### 1. Grossman'sches Schließen

Wenn im bisher besprochenen Modellrahmen die Beweiskosten für die beweisbelastete Partei (B) hoch sind und für die nicht beweisbelastete niedrig, wenn also allein die *nicht* beweisbelastete Partei (A) aufklären kann, dann würde der oben vorgestellte Mechanismus der Vereinigung nicht zur Aufklärung führen. Ebenso wenig könnte der Reflex der Beweislast helfen, denn A würde zur Aufklärung nicht beitragen, weil er die Nachteile der Nichtaufklärung nicht tragen müsste. A würde seine Beweismittel unabhängig von ihrem Inhalt nie vorlegen. Er hat natürlich nie einen Grund, mit Beweismitteln, die zu seinen Ungunsten sprechen, Beweis zu seinen Lasten zu erbringen. Aber auch wenn die Beweismittel zu seinen Gunsten sprechen würden, wäre ihm die Beweisvorlage zu teuer. Die Beweislast des B gewährleistet ja, dass er gewinnen würde, auch wenn er nicht vorlegte. Daher kann er sich die Aufwendung der Beweiskosten sparen. Unabhängig vom Verschulden des A würde scheinbar immer nach Beweislast

---

<sup>35</sup> Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 9: Grundbegriffe der Beweislast Rn. 4; Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 6.

und zu Gunsten des A entschieden. Das Gericht oder auch ein beobachtender Dritter könnte nicht auf das Verschulden des A schließen. Der Fall würde nicht aufgeklärt.

Das Problem des Zugriffs auf die Beweismittel allein durch die nicht beweisbelastete Partei kann aber im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes durch „strategischen Skeptizismus“ des Richters vollständig gelöst werden. *Grossman*<sup>36</sup> und *Milgrom*<sup>37</sup> haben – etwas allgemeiner – je in einem Papier aus dem Jahr 1981 unabhängig voneinander herausgearbeitet, unter welchen Umständen ein uninformatierter Entscheider so auf die Information eines von der Entscheidung betroffenen Informanten zugreifen kann, als verfüge er selbst über die Information: Wenn ein Entscheider eine richtige, das heißt auf der zutreffenden Sachlage beruhende Entscheidung treffen will, die den Informanten auf eine dem Entscheider bekannte Weise betrifft und nur der Informant die wahre Sachlage kennt, sie prinzipiell an den Entscheider kommunizieren und nicht lügen kann, dann erfährt der Entscheider im Gleichgewicht die wirkliche Sachlage. Wie stellt er das an? Er wertet jede Unsicherheit, die der Informant belässt, maximal zu Lasten des Informanten. Für jeden Punkt, über den der Informant nichts sagt, nimmt der Entscheider an, er liege so, dass er eine für den Informanten maximal belastende Entscheidung rechtfertige. Dadurch erhält der Informant einen Anreiz, jede Unsicherheit zu beseitigen, indem er alle Informationen vorlegt, es sei denn, seine Information ist ihm selbst so ungünstig, wie der Entscheider unterstellt. Bleibt er passiv, weiß der Entscheider, dass die Sachlage tatsächlich für den Informanten maximal ungünstig ist. Die Einsicht in die Möglichkeit dieses Schlussverfahrens nennt die Literatur zum Teil „*Grossman's unraveling result*“,<sup>38</sup> „*unraveling result*“<sup>39</sup> oder auch nur „*unraveling*“.<sup>40</sup> Hier soll der durch das Modell beschriebene Mechanismus als „Grossman'sches Schließen“ bezeichnet werden.<sup>41</sup>

Im Zivilverfahren mit nur einer allein beweisfähigen, nicht beweisbelasteten Partei, bildet dieses Modell die Situation gut ab. Der Richter trifft eine Entscheidung, die er „richtig“ treffen will. Die nicht beweisbelastete Partei will un-

<sup>36</sup> *Grossman*, *The Journal of Law and Economics* 1981, 461–483.

<sup>37</sup> *Milgrom*, *The Bell Journal of Economics* 1981, 380–391.

<sup>38</sup> *Spier*, in: Shavell/Polinsky (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, 259–342, 288.

<sup>39</sup> *Farrell*, *Voluntary disclosure: robustness of the unraveling result, and comments on its importance* schon im Titel.

<sup>40</sup> *Sanchirico*, in: *Sanchirico* (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 203–270, Fn. 28.

<sup>41</sup> Diese Benennung ist weniger sperrig als der korrektere Begriff „Grossman-Milgrom'sches Schließen“. *Grossman* wird in der rechtsökonomischen Literatur eher mit dem „*unraveling result*“ verbunden (vgl. etwa *Spier*, in: Shavell/Polinsky [Hrsg.], *Handbook of Law and Economics*, 259–342, 288), obwohl *Milgrom* gleichwertige Urhebererschaft beanspruchen kann. Dass *Grossman's* Name in der rechtsökonomischen Literatur etwas häufiger gebraucht wird, mag daran liegen, dass sein Aufsatz im *Journal of Law and Economics* erschienen ist, während *Milgrom's* Aufsatz im *Bell Journal of Economics*, einer genuin ökonomischen Zeitschrift, erschienen ist.

abhängig von der wirklichen Sachlage den Fall gewinnen. Das weiß der Richter. Nehmen wir also an, die beweisbelastete Partei kann nicht beweisen. Die nicht beweisbelastete Partei kann aber beweisen. In diesem Fall wird der Richter, soweit er den möglichen, aber fehlenden Beweisantritt der nicht beweisbelasteten Partei so würdigt, als träfe der Vortrag der (beweisfälligen) beweisbelasteten Partei zu, alle Informationen von der nicht beweisbelasteten Partei erfahren und sie bewiesen bekommen. In einem „strategischen Skeptizismus“ wertet der Richter also jede verbleibende Unsicherheit im Beweisverhalten der nicht beweisbelasteten Partei zu deren Lasten. Das schafft für die nicht beweisbelastete Partei einen Anreiz, alle ihr verfügbaren Informationen zu offenbaren, es sei denn, diese Informationen haben die schlechteste Ausprägung, die angesichts des im Übrigen feststehenden Sachverhalts noch denkbar ist.

Eine Partei offenbart grundsätzlich freiwillig alle für sie vorteilhaften Informationen. Vorteilhaft bedeutet, die Information stellt die Partei besser, als sie stünde, wenn der Richter ohne die betreffende Information würdigte. Wenn der Richter so weit zum Nachteil der informierten Partei würdigt, wie er angesichts ihres feststehenden Vortrags kann, ist jede Information für die informierte Partei vorteilhaft, außer derjenigen Information, die so nachteilig ist, wie der Richter vorläufig unterstellt. Das bedeutet, es gibt einen Anreiz zur Vorlage jeder Information, außer der, die so nachteilig ist, wie der Richter unterstellt. Wird also tatsächlich kein Beweismittel vorgelegt, und weiß der Richter, dass günstig vorlegbare Beweismittel vorhanden waren, weiß der Richter auch, dass die zurückgehaltenen Beweismittel den von ihm unterstellten Inhalt hatten.

## *2. Die Selbstrechtfertigung der Überzeugung des Richters: Interpretation des Gleichgewichtskonzepts*

Es ist wichtig zu verstehen, dass die Annahme des Richters sich am Ende selbst rechtfertigt und damit, auch wenn das einen münchhausen'schen Anschein macht, nicht willkürlich ist. Geht der Richter davon aus, er wisse nicht, welche Tatsachen die schweigende nicht beweisbelastete Partei zurückhält, dann weiß es der Richter wirklich nicht. Denn die wohlwollende Einschätzung gibt der schweigenden Partei unabhängig von der Information, die sie besitzt, keinen Anreiz zur Aufklärung. Jede informierte Partei würde also bei einer wohlwollenden Haltung des Richters schweigen: die Partei mit für sie vorteilhafter Information ebenso wie die mit für sie nachteiliger Information. Das Schweigen gewährt dann keinen Aufschluss. Würdigt der Richter dagegen erkennbar das Schweigen der informierten Partei zu deren Nachteil, trifft die Einschätzung des Richters zu: Die schweigende Partei, die vorlegen könnte, besitzt tatsächlich die für sie denkbar nachteiligste Information. Denn hätte die Partei eine Information, die zu ihren Gunsten von der Unterstellung des Richters abwicke, hätte sie sie vorgelegt.

Diese Form der Würdigung ist nur sicher zutreffend, wenn der Richter weiß, dass die Partei die Annahme, die der Richter trifft, mit den ihr zu Gebote stehenden Beweismitteln richtigstellen könnte, wenn die Annahme unzutreffend ist.<sup>42</sup> Kann ihr Schweigen auch damit erklärt werden, dass ihr keine Beweismittel zur Richtigstellung zur Verfügung stehen oder dass die Vorlage der Beweismittel sie mehr kosten würde als der Prozessverlust, dann ist die Nichtvorlage zwar immer noch informativ und damit ein Indiz, aber man kann nicht mehr zweifelsfrei auf das Zutreffen der Annahme des Richters schließen.

Die Anwendung des strategischen Skeptizismus stellt normalerweise im Vergleich zur Vereinigungsmethode weitergehende Anforderungen an das Wissen des Entscheiders über die Präferenzen des Informanten. Der Entscheider will die für den Informanten maximal nachteilige vorläufige Annahme treffen. Fehlendes Wissen des Entscheiders um die Präferenzen des Informanten kann in anderen Kontexten das Grossman'sche Schließen nachhaltig verkomplizieren, weil der Entscheider dann vielleicht nicht weiß, welche Entscheidung für den Informanten maximal nachteilig ist.<sup>43</sup> Im Zivilprozess wird diese Komplikation aber selten auftreten. Im Zivilprozess streiten zwei Parteien um die Aufteilung oder Allokation eines Gegenstands. Nachteilig bedeutet in diesem Kontext, die betreffende Partei bekommt einen kleineren Anteil an dem umstrittenen Gegenstand oder erhält ihn mit geringerer Wahrscheinlichkeit. Obwohl es scheint, als könne der Antagonismus der Parteien nicht mehr fruchtbar wirken, wenn nur eine Partei Zugang zum Beweismittel hat, zeigt sich hier, dass es immer noch der Interessengegensatz der Parteien ist, der im zweiten Mechanismus des Beibringungsgrundsatzes wirkt: Weil der Zivilprozess die Parteiinteressen diametral gegeneinanderstellt, kann der Richter eine skeptische Haltung einnehmen, ohne die Präferenzen der Parteien im Einzelnen und auch nur global kennen zu müssen: Er unterstellt einfach den Vortrag der beweisbelasteten Partei vorhersehbar und solange als richtig, bis die allein beweisfähige, nicht beweisbelastete Partei einen überzeugenden Beweis vorlegt.

Wie schon erwähnt,<sup>44</sup> nennt man den beschriebenen Mechanismus auch Grossman-Milgrom'sches *unraveling*, weil eine oft verwendete Intuition zu seiner Erklärung ein „Aufribbeln“ beschreibt.<sup>45</sup> Die Intuition des Aufribbelns lässt sich gut am Beweis des Mitverschuldensgrads eines informierten, aber

---

<sup>42</sup> Vgl. aber sogleich unter § 7 V. 2. d) um zu sehen, dass die volle richterliche Überzeugung davon, dass das Beweismittel bei der nicht beweisbelasteten, schweigenden Partei vorlag, nicht unbedingt erforderlich ist. Vgl. auch hinten § 10 IV. zur Kombination des strategischen Skeptizismus mit schwachen Erfahrungssätzen, die einen Schluss auf den tatsächlichen Sachverhalt auch bei Unsicherheit über die Verfügbarkeit von Beweismitteln erlaubt.

<sup>43</sup> *Milgrom/Roberts*, RAND Journal of Economics 1986, 18–32, 19–20.

<sup>44</sup> Soeben unter § 7 IV. 1.

<sup>45</sup> *Farrell*, Voluntary disclosure: robustness of the unraveling result, and comments on its importance schon im Titel; *Milgrom*, Journal of Economic Perspectives 2008, 115–131, 121; *Spier*, in: Shavell/Polinsky (Hrsg.), Handbook of Law and Economics, 259–342, 288.

nicht beweisbelasteten Geschädigten angesichts eines feststehenden Verschuldens des Schädigers illustrieren. Nehmen wir an, nur der Geschädigte weiß und kann beweisen, wie er zum Schaden beigetragen hat, während der Schädiger hierzu weder Informationen noch Beweismittel hat. Wenn der Geschädigte schweigt, hat der Richter keine Einzelfallinformation über den Beitrag des Geschädigten. Für ihn ist der Geschädigte also im ersten Zugriff ein durchschnittlicher Geschädigter, der einen durchschnittlichen Mitverschuldensbeitrag geleistet hat. Das erzeugt für alle Geschädigten, die einen unterdurchschnittlichen Mitverschuldensbeitrag an den Tag gelegt haben, einen Anreiz, sich vom durchschnittlichen Geschädigten durch Vorlage ihrer Informationen und Beweismittel abzusetzen. Das verschiebt die Einschätzung des Richters über den durchschnittlichen Mitverschuldensgrad eines schweigenden Geschädigten. Er weiß jetzt, unter den schweigenden Geschädigten können nur unterdurchschnittlich sorgfältige sein. Es handelt sich bei einem Schweigenden also um einen „durchschnittlichen unterdurchschnittlich“ sorgfältigen Geschädigten. Das wiederum schafft einen Anreiz für Geschädigte, die sich von dieser Annahme des Richters positiv absetzen können, ihre Beweismittel vorzulegen, so dass die Einschätzung des Richters über die Sorgfalt eines schweigenden Geschädigten noch weiter absinkt. Dieser Prozess des „Aufribbelns“ setzt sich fort, bis der letzte, der schweigt, klar als der denkbar unsorgfältigste identifiziert ist.

Diese Darstellungsweise mag zum Verständnis des Mechanismus beitragen, ist zur Beantwortung der hier behandelten Frage aber nicht förderlich. Sie verleitet zu einem Missverständnis: Man könnte geneigt sein, den Richter nur dann für berechtigt zu halten, den strategischen Pessimismus anzuwenden, wenn er tatsächlich in den Aufribbel-Prozess einsteigen kann, indem er prima facie im Rechtssinne überzeugt ist, dass die Partei eine durchschnittliche ihrer Art sei. Man könnte also meinen, er dürfe eine strategisch skeptische Haltung nur einnehmen, und damit einer Partei eine für sie nachteilige Rechtsfolge in Aussicht stellen, wenn er schon mit einer „sehr hohen Wahrscheinlichkeit“ davon ausgehen kann, dass es sich um eine Partei handelt, der durchschnittliches Mitverschulden vorgeworfen werden muss – mit anderen Worten, wenn ein Anscheinsbeweis gegen die informierte Partei gilt. Diesen „Einstieg“ könnte der Richter im Mitverschuldensbeispiel nur selten finden. Denn bevor der Richter das Schweigen beobachtet, ist es oft ganz unwahrscheinlich, dass ein konkreter Geschädigter auch Mitverschulden an den Tag gelegt hat. Nähme man die Dynamik des „Aufribbelns“ ernst und kombinierte sie mit dem deutschen hohen Beweismaß, könnte ein Richter den Einstieg in das Aufribbeln nicht finden und nicht aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei schließen.

Allerdings trifft es nicht zu, dass die volle Überzeugung des Richters von seiner skeptischen Haltung eine Voraussetzung für die Durchführung des ersten Schritts im Aufribbel-Prozess ist. Tatsächlich ist das Grossman-Milgrom-Modell ein spieltheoretisches. Es überprüft Paare von Strategien – hier des Richters

und des Informanten – auf Anreize zur Strategieänderung. Liegen wechselseitig keine Anreize zur Abweichung vor, bildet das Strategiepaar ein Gleichgewicht, welches dann als Verhaltensvorhersage interpretiert werden kann. Die Darstellung des Aufribbelns zeigt dagegen einen möglichen Weg auf, wie die Parteien vielleicht ins Gleichgewicht finden. Jedoch kann es mannigfaltige weitere Wege geben, wie die Parteien ins Gleichgewicht finden. Dass es sich um ein *Nash*-Gleichgewicht handelt, gewährleistet nur, dass die Parteien, wenn sie einmal das Gleichgewichtsstrategiepaar spielen, nicht mehr aus dem Gleichgewicht herauskommen.

Die Spieltheorie kümmert sich nicht verstärkt um die Frage, wie die Parteien Gleichgewichte finden.<sup>46</sup> Aber in der Situation des Richters und der informierten Partei liegt ein solcher Weg sogar offen zu Tage. Der Richter kann der nicht beweibelasteten Partei mit alleinigem Zugriff auf die Beweismittel schlicht durch einen Hinweis mitteilen, dass er ihr Schweigen so werten wird, dass die zurückgehaltene Information so nachteilig für die Partei ist, wie dies mit den im Übrigen festgestellten Tatsachen noch vereinbar ist. Damit hat der Richter sich auf eine Strategie festgelegt. Die Partei wird darauf die beste Antwort spielen, indem sie ihre Informationen und Beweismittel vollständig offenlegt, es sei denn, die Annahme des Richters trifft zu. Damit befinden sich die beiden „Spieler“ im Gleichgewicht.

### 3. Die konkrete Rechtfertigung der Rationalitätsannahme im Kontext des Beweisverfahrens

Schließlich stellt sich noch die Frage der Übertragbarkeit des Modells auf die Realität. Das Modell unterstellt Rationalität von Richter und informierter Partei. Grundsätzlich wurde bereits geklärt, dass das Rationalmodell als Vorhersageinstrument geeignet ist, gerechtfertigte Überzeugungen zu vermitteln. Aber ein Schluss aus dem Rationalmodell kann, so wurde ebenfalls bereits aufgezeigt, nur in Bezug auf einen spezifischen Kontext gerechtfertigt werden.

Den Ausgangspunkt bildet die Annahme, dass Eigennutz die stärkste Verhaltenstendenz von Menschen ist. Die Referenzklasse aller Menschen, so die Annahme, verhält sich daher im Mittel eigennützig. Eine handhabbare Idealisierung dieser Eigennützigkeit zur Beschreibung von menschlichem Verhalten im Aggregat ist das Rationalmodell.<sup>47</sup> Von dieser Idealisierung muss abgewichen werden, wenn von ihr keine zutreffende Vorhersage des Verhaltens im Mittel zu erwarten ist oder wenn eine breite Streuung um den Mittelwert zu erwarten ist, so dass der Mittelwert keine Orientierung bietet, welches Verhalten eine große Mehrheit der Akteure wählen wird. Zusätzlich wäre auch dann von der Nut-

<sup>46</sup> Reiss, *Philosophy of Economics*, 63–66.

<sup>47</sup> Vgl. insoweit vorn § 6 I., insb. § 6 I. 1.

zung des Rationalmodells abzusehen, wenn die Orientierung am Verhalten von Menschen im Mittel zu Fehlern führt, die aus normativen Gründen unbedingt zu vermeiden sind.

a) *Das Zutreffen der Vorhersage durch das Rationalmodell im Aggregat*

In diesem Abschnitt wird nun geprüft, ob Verhaltenstendenzen bekannt und im konkreten Kontext der Beweismittelvorlage einschlägig sind, die entweder das Verhalten schon im Mittel nennenswert von der Vorhersage des Rationalmodells entfernen oder die Streubreite menschlichen Verhaltens um diese Vorhersage so erhöhen, dass die Vorhersage des Rationalmodells im Beweisrecht nicht mehr als informativ gelten kann.

aa) *Vorrangig relevante, nicht rationale Verhaltenstendenzen*

Von der Annahme, dass das Rationalmodell menschliches Verhalten im Mittel zutreffend vorhersagt, muss man abweichen, wenn erkennbar ist, dass andere Verhaltenstendenzen die Verteilung menschlichen Verhaltens als Ganzes – und damit auch ihren Mittelwert – im betreffenden Kontext verschieben. Ist etwa belegt, dass der Kontext strukturell Verhaltensverzerrungen befördert, wie sie in der einflussreichen verhaltensökonomischen Literatur<sup>48</sup> beschrieben werden, ist nicht mehr davon auszugehen, dass die Annahme rationalen Verhaltens gute Vorhersagen macht.<sup>49</sup>

Auch wenn man aufgrund des Rationalmodells Vorhersagen trifft, geht man davon aus, dass immer auch andere Handlungstendenzen wirken, so dass das menschliche Verhalten um die Vorhersage des Rationalmodells streut. Die Annahme ist aber, dass diese vielen Handlungstendenzen normalerweise so vielfältig und so schwach sind, dass sie sich im Mittel gegenseitig aufheben. Relevante Verschiebungen der Verteilung sind daher nur von solchen Verhaltensverzerrungen zu erwarten, die so stark und robust sind, dass zu erwarten ist, dass sie das Eigeninteresse als starke Tendenz „überschreiben“.<sup>50</sup> Daher sind an dieser Stelle nur solche Verhaltenseffekte zu betrachten, denen aufgrund der nun in der Entscheidungspsychologie und der Verhaltensökonomik zunehmend wichtiger werdenden Replikationsstudien<sup>51</sup> oder aufgrund von Metaanalysen<sup>52</sup> eine

<sup>48</sup> Einen umfassenden Überblick über die in den Rechtswissenschaften relevanten Befunde geben *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 28–138.

<sup>49</sup> Zu diesem Problem knapp *Morell*, Journal of Institutional and Theoretical Economics 2011, 143–148.

<sup>50</sup> *Mitchell*, in: Teitelbaum/Zeiler (Hrsg.), Research Handbook on Behavioral Law and Economics, 459–475, 461–463.

<sup>51</sup> *Camerer/Dreber/Forsell* u. a., Science 2016, 1433–1436; *Klein/Ratliff/Vianello* u. a., Social Psychology 2014, 142–152; *Klein/Vianello/Hasselmann* u. a., Many Labs 2: Investigating Variation in Replicability Across Sample and Setting.

<sup>52</sup> Überblick bei *Mitchell*, in: Teitelbaum/Zeiler (Hrsg.), Research Handbook on Behavio-



große Effektstärke<sup>53</sup> zugemessen wird. Solche Effekte sind unter den vielen in der verhaltensökonomischen Literatur diskutierten überraschend selten. Zu ihnen gehören soweit ersichtlich vor allem die *Anchoring*-Effekte,<sup>54</sup> eine Version der *gambler's fallacy*,<sup>55</sup> der *false-consensus effect*,<sup>56</sup> Effekte des *gain-loss framings*<sup>57</sup> und eine bestimmte Form des *self-serving bias*.<sup>58</sup> Andere Effekte tendieren zu geringer Effektstärke und können daher zumindest außer Betracht gelassen werden, soweit sich ihre Einschlägigkeit nicht geradezu aufdrängt.

Die genannten starken Effekte sind jedoch im hier interessierenden Kontext allesamt nicht einschlägig.

*Anchoring*-Effekte beschreiben den Umstand, dass Menschen bei der Übersetzung von qualitativen Urteilen (Mammutbäume sind groß) in quantitative Maße (Mammutbäume sind im Schnitt x Meter hoch) leicht von arbiträren unverbundenen Zahlenwerten beeinflusst werden.<sup>59</sup> Die vielleicht für Juristen schockierendsten Experimente hierzu stammen von *Englich* und *Mussweiler*. Sie zeigten, dass die Strafzumessungen von Richtern durch Fragen von Journalisten oder sogar, wie den Richtern bewusst war, durch zufällig generierte Anträge der Staatsanwaltschaft beeinflusst wurden; Strafzumessung durch Referendaren – mit Richtern hat man das nicht getestet – wurde gar durch offenes Würfeln beeinflusst.<sup>60</sup> Bei der Würdigung von Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei könnte es insofern um die Bestimmung eines quantitativen Maßes gehen, als die Wahrscheinlichkeit einer Tatsachenbehauptung festzusetzen ist. Aber die genaue Wahrscheinlichkeit muss zur Anwendung des strategischen Skeptizismus nicht ausbuchstabiert werden. Es genügt festzustellen, dass das Beweismaß überschritten ist. Hierfür wird gemeinhin nicht quantifiziert. Ausreichend ist, dass der Richter hinreichend sicher ist, dass die nicht beweisbelastete Partei ein aussagekräftiges Beweismittel besitzt und dass sie dieses nicht

---

ral Law and Economics, 459–475, 464f. Zur Bedeutung von Metaanalysen (auch Metastudien) knapp *Morell*, AcP 2014, 387–424, 406.

<sup>53</sup> Als groß gelten Effektstärken ab  $r > .5$  oder  $d > .8$ . Vgl. *Cohen*, *Statistical Power Analysis for the Behavioral Sciences*, 25–27, 79–81. Diese Grenzwerte werden hier lose interpretiert, so dass auch Effekte, die nicht zu weit unter diesen Werten rangieren, mitberücksichtigt werden.

<sup>54</sup> *Klein/Ratliff/Vianello* u. a., *Social Psychology* 2014, 142–152, 147; *Mitchell*, in: *Teitelbaum/Zeiler* (Hrsg.), *Research Handbook on Behavioral Law and Economics*, 459–475, 464.

<sup>55</sup> *Klein/Ratliff/Vianello* u. a., *Social Psychology* 2014, 142–152, 147.

<sup>56</sup> *Klein/Vianello/Hasselmann* u. a., *Many Labs 2: Investigating Variation in Replicability Across Sample and Setting*, 66.

<sup>57</sup> *Klein/Ratliff/Vianello* u. a., *Social Psychology* 2014, 142–152, 147; *Mitchell*, in: *Teitelbaum/Zeiler* (Hrsg.), *Research Handbook on Behavioral Law and Economics*, 459–475, 464. Ich fasse hier zwei zum Teil unterschiedene framing-Effekte zusammen: risky framing und goal framing.

<sup>58</sup> *Mitchell*, in: *Teitelbaum/Zeiler* (Hrsg.), *Research Handbook on Behavioral Law and Economics*, 459–475, 465.

<sup>59</sup> *Zamir/Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 79 ff.

<sup>60</sup> *Englich/Mussweiler/Strack*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 2006, 188–200. Dies sind Befunde aus einem von vielen Papieren.

vorlegt. Es ist daher nicht zu befürchten, dass *Anchoring* das Verhalten im Mittel nennenswert verzerrt.

Die *gambler's fallacy* bezieht sich auf den Glauben an eine Abhängigkeit von Zufallszügen, wo diese nicht besteht.<sup>61</sup> Nach der hier in Bezug genommenen Sonderform glauben Menschen, dass seltene Ereignisse aus einer längeren Sequenz an Zufallsereignissen stammen als häufig auftretende Ereignisse. Darin liegt eine Fehldeutung des Gesetzes der großen Zahl, nach dem ein überhäufiges Auftreten von Ausreißern gerade in kurzen Reihen vorkommen kann.<sup>62</sup> Weder die Abhängigkeit von Zufallszügen noch das Gesetz der großen Zahl sind bei der Würdigung des Schweigens aber unmittelbar relevant.

Der *false-consensus effect* beschreibt, dass Menschen die Häufigkeit überschätzen, mit der andere Menschen wahrnehmen, bewerten oder denken wie sie selbst.<sup>63</sup> Auch dieser Effekt ist vorliegend nicht relevant. Allenfalls könnte der Richter fälschlicherweise davon ausgehen, dass die informierte Partei, so wie er selbst, davon ausgeht, dass er das Schweigen zu ihren Lasten würdigen werde. Jedoch kann leicht sichergestellt werden, dass dieses Problem nicht auftritt, indem der Richter einen Hinweis erteilt.

Nach den aus *gain-loss framing* resultierenden Verhaltensverzerrungen wiegen Verluste etwa doppelt so schwer wie Gewinne, und Menschen verhalten sich, wenn sie meinen, es gehe um Verluste, eher risikosuchend, und wenn sie meinen, es gehe um Gewinne, eher risikoavers.<sup>64</sup> Auch *gain-loss framing* erscheint für die Würdigung des Schweigens nicht relevant. Der Richter hat nichts zu gewinnen oder zu verlieren. Die Ankündigung des Richters, Schweigen maximal negativ zu würdigen, könnte die informierte Partei aus dem *loss-frame* in den *gain-frame* setzen. Es könnte sein, dass gerade die beklagte Partei meint, es gehe im Prozess für sie darum, den Verlust von Geld oder Dingen zu verhindern. Die Ankündigung, dass Passivität zum Prozessverlust führt, könnte die beklagte Partei dazu bringen, dass sie nun den Referenzpunkt beim Prozessverlust setzt und so alles, was besser ist als der totale Prozessverlust, als Gewinn interpretiert. Die Partei wäre dann eher risikoavers und würde Veränderungen ihrer Auszahlungen weniger stark wahrnehmen als im *loss-frame*. Ob diese Referenzpunktverschiebung realistisch ist, ist vollkommen unklar. Es ist ein Problem des *gain-loss framings*, dass es keine gute Theorie über die Verschiebung des Referenzpunkts gibt. Wenn die Verschiebung aber wie beschrieben stattfindet, macht sie das Schließen aus Schweigen eher leichter. Die beklagte Partei würde nun eher „auf Nummer sicher gehen“ wollen. Das hieße wohl, sie würde ihre aussagekräftigen Beweismittel vorlegen, soweit sie über solche ver-

<sup>61</sup> Zamir/Teichman, Behavioral Law and Economics, 33.

<sup>62</sup> Oppenheimer/Monin, Judgement and Decision Making 2009, 326–334.

<sup>63</sup> Ross/Greene/House, Journal of Experimental Social Psychology 1977, 279–301.

<sup>64</sup> Kahneman/Tversky, Econometrica 1979, 263–292.

fügt. Legt sie nichts vor, würde das nun umso mehr die Unterstellung des Richters als richtige Überzeugung stützen.

Nach dem *self-serving bias* halten Menschen ihr eigenes Handeln eher für die Ursache guter Ergebnisse als für die negativer.<sup>65</sup> Dieser Effekt ist für die Beweiswürdigung nicht einschlägig, zumal unklar ist, wie die motivationale Wirkung dieses Effekts ist. Wahrscheinlich meinen die Parteien jeweils, dass sie im Recht sind, aber wie sich das auf ihre Vorlagebereitschaft auswirken sollte, ist unklar. Im Zweifel sollte es die Vorlagebereitschaft erhöhen, wenn die Parteien meinen, sie hätten nichts zu verbergen.

Die bekanntermaßen starken Verhaltenstendenzen sind damit allesamt nicht einschlägig, so dass nicht zu befürchten steht, dass menschliches Verhalten im Kontext des Schließens aus Schweigen der nicht beweibelasteten Partei schon im Mittel von den Vorhersagen des Rationalmodells abweicht.

#### *bb) Eine hohe Varianz des Verhaltens eher nicht zu erwarten*

Soweit schwächere Verhaltenseffekte im Kontext des Schließens aus Schweigen der nicht beweibelasteten Partei eine Rolle spielten, könnte sich die Streubreite menschlichen Verhaltens so erhöhen, dass die Vorhersage des Rationalmodells nicht genug Aussagekraft hätte, um sie in der richterlichen Würdigung als Erfahrungssatz zu verwerten. Angesichts der nahezu unüberschaubaren Vielzahl von dokumentierten Verhaltenseffekten<sup>66</sup> sind hier nur solche zu behandeln, die besonders einschlägig erscheinen.

Besonders relevant könnte vor allem der Effekt der *Reaktanz* sein. Reaktanz zählt eher nicht zu den robusten Effekten, weil schon umstritten ist, wie man sie misst.<sup>67</sup> Reaktanz beschreibt die Neigung von Menschen, gegen Freiheitseinschränkung oder -bedrohung stark emotional zu reagieren, um die verlorenen Freiheit wiederzugewinnen oder die bedrohte Freiheit zu sichern.<sup>68</sup> Die informierte Partei könnte danach schlicht aus Wut darüber, dass der Richter ihre Freiheit, Beweismittel zurückzuhalten, durch seinen strategischen Skeptizismus wirkungslos macht, gerade Beweismittel zum eigenen Nachteil zurückhalten. Allerdings erscheint dieser Effekt im Kontext des richterlichen Schließens aus Schweigen hochgradig unplausibel. Die Handlung aus Reaktanz ginge allein zum Nachteil der informierten Partei und hätte keinerlei bestrafende oder präventive Wirkung auf Richter oder Gegner. Sie wäre vollkommen ungeeignet zur Wiedergewinnung der „Freiheit“, denn die Wirkungslosigkeit, mit der der Richter die Freiheitsausübung versehen hat, bliebe vollständig erhalten. Auch

<sup>65</sup> Mitchell, in: Teitelbaum/Zeiler (Hrsg.), Research Handbook on Behavioral Law and Economics, 459–475, 465.

<sup>66</sup> Vgl. nur Zamir/Teichman, Behavioral Law and Economics, Kapitel 3.

<sup>67</sup> Steindl/Jonas/Sittenthaler u. a., Zeitschrift für Psychologie 2015, 205–214, 206–207.

<sup>68</sup> Steindl/Jonas/Sittenthaler u. a., Zeitschrift für Psychologie 2015, 205–214.

Reaktanz ist also im konkreten Kontext keine Verhaltenstendenz mit Vorhersagekraft.

Weitere Verhaltenseffekte scheinen sich zumindest auf den ersten Blick für den Kontext des Schließens aus Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei nicht aufzudrängen.

Für die Parteien ist die Situation des Grossman'schen Schließens aus Schweigen – zumindest in der bisher besprochenen Grundform – denkbar einfach. Es ist daher realistisch zu erwarten, dass alle Beteiligten, auch Menschen, die kognitive Fehlleistungen zeigen, in der Lage sind, zum eigenen Vorteil zu handeln. Wenn der Richter der Partei den Hinweis erteilt, dass er Schweigen zu ihrem Nachteil wertet, bedarf es ihrerseits nicht mehr viel Rationalität um zu erkennen, dass die beste Antwort hierauf die Vorlage ihrer Information ist, soweit des Richters Annahme unzutreffend ist. Dass *Milgrom* und *Grossman* herausgefunden haben, dass dieses Strategienpaar auch ein spieltheoretisches Gleichgewicht ist, erfüllt in diesem Zusammenhang vor allem den Zweck uns zuversichtlich zu stimmen, dass die allein informierte Partei, so lange sie auch darüber nachsinnt, keine bessere Antwort auf die Strategie des Richters finden wird. Offenlegung ist eben die beste aller Antworten, soweit des Richters Unterstellung nicht zutrifft. In besonders einfachen Situationen, in denen Eigennutz als starkes Motiv erscheint, sollte Verhalten wenig streuen.

Das alles spricht dafür, dass man im Kontext des Schließens aus Schweigen von einer relativ geringen Streuung des Verhaltens der Parteien um die Vorhersage des Rationalmodells ausgehen darf. Erratisches Handeln von Richtern erscheint normativ relevanter, so dass es im nächsten Abschnitt behandelt wird.

#### *b) Keine normativen Gründe gegen die Anwendung des Rationalmodells*

Von der Anwendung des Rationalmodells müsste man auch absehen, wenn erkennbar wäre, dass sie zu einer bestimmten Art von Fehler führte, die aus normativen Gründen dringend zu vermeiden ist. Eine Sorge könnte eine Überforderung der Richter sein, die sich in erratischem Verhalten niederschlagen könnte. Das Verhalten von Richtern könnte dann im Schließen aus Schweigen strukturell, das heißt selbst bei allgemeiner rechtlicher Akzeptanz, breiter um den durch das Rationalmodell vorhergesagten Mittelwert streuen. Das wäre nicht nur ein Problem für die Vorhersagekraft des Rationalmodells. Es wird vielmehr hier unter den normativen Gründen gegen die Anwendung des Rationalmodells verhandelt, weil ein erratisches Richterhandeln unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit höchst problematisch erschiene. Als zweites normatives Bedenken gegen das Rationalmodell läge auch die Befürchtung nahe, dass der Prozess unter Umständen gerade die nicht-rationalen Parteien schützen will. Dies könnte schwerer zu erreichen sein, wenn man bei der Regelsetzung und -interpretation davon ausgeht, dass alle Parteien rational sind.

Ein erratisches Richterverhalten sollte man aber eher nicht erwarten. Dem Richter ist durch dieses Buch der Weg gewiesen. Selbst wenn die konzeptionellen Grundlagen des Grossman'schen Schließens komplex sind, ist seine Anwendung vergleichsweise einfach: Wenn der Richter der Überzeugung ist, die nicht beweisbelastete Partei habe als einzige ein aussagekräftiges Beweismittel, und legt sie es nicht vor, dann muss er hieraus den Schluss ziehen, dass das Beweismittel den Vortrag ihres Gegners stützt. Die – soweit ersichtlich als einziges verfügbare – experimentelle Evidenz zum Schließen aus Schweigen steht dazu nicht im Widerspruch.

Ein Experiment, das sich zumindest näherungsweise mit der Frage beschäftigt, ob Richter und Parteien in der Lage sind, Schweigen zutreffend zu würdigen,<sup>69</sup> kommt zu dem Schluss, dass Probanden, die in die Rolle von Richtern schlüpfen, tendenziell Schwierigkeiten haben, ihren Skeptizismus (im Experiment konnten sie eine „Beweislast“ verteilen) sinnvoll zu nutzen, um zutreffend aus dem Schweigen der Parteien zu schließen. Die externe Validität, die Verallgemeinerbarkeit auf andere Kontexte, der Studie von *Block* und *Parker* erscheint stark eingeschränkt. Wie so oft bei Experimenten, die ohne verhaltenswissenschaftliche Alternativhypothese schlicht die Vorhersage eines rationaltheoretischen Modells testen, zeigt das Experiment nur, dass die Probanden das Modell nicht verstanden haben: Laien, die sich in einem abstrakten Kontext als Richter gerieren sollen, verstehen also nicht, wie man eine untechnische „Beweislast“ so verteilt, dass man den Informationsgehalt des Schweigens erhöht. Aber das Schließen aus Schweigen wurde ihnen auch von niemandem erklärt. Und ein verhaltenstheoretisches Alternativmodell, das vorhersagen würde, dass richtiges Schließen aus Schweigen prinzipiell ausgeschlossen ist, wurde weder formuliert noch getestet. Damit gewinnen mindestens zwei Unterschiede zwischen Laborprobanden und Richtern im Feld überragendes Gewicht: Die Quellen zur Information und die Zeit zu lernen, die Richter im Gegensatz zu Teilnehmern von kurzen Laborexperimenten möglicherweise haben.

Ein zweites Experiment ergab, dass Laien in einem Strafverfahren auf juristisch zwar unzulässige Weise, aber wahrscheinlichkeitstheoretisch durchaus sinnvoll aus der fehlenden Benennung eines Zeugen durch den Angeklagten auf seine Schuld schlossen.<sup>70</sup> An der Studie von *Schweizer* ist vor allem problematisch, aber auch wenig überraschend, dass die Laien offensichtlich nicht wissen, wann man aus juristischer Sicht aus Schweigen schließen darf und wann nicht.

Die beiden Studien lassen sich also wie folgt zusammenfassen: Es ist gezeigt, dass Menschen prinzipiell epistemisch sinnvoll aus Schweigen schließen können (*Schweizer*), allerdings scheinen sie eine Anleitung zu brauchen, um dieses

---

<sup>69</sup> *Block/Parker*, *International Review of Law and Economics* 2004, 89–105.

<sup>70</sup> *Schweizer*, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 311–319.

Schließen zuverlässig (*Bock und Parker*) und rechtmäßig (*Schweizer*) zu praktizieren.

Die Anleitung zu rechtmäßigem Schließen sollten Richter in ihrer juristischen Ausbildung erhalten haben. Sie erscheint daher im Feld wenig problematisch.

Aber Richtern dürften auch die Mittel zur Verfügung stehen, um epistemisch zutreffendes Schließen aus Schweigen lernen zu können. Dieses Buch kann Richter informieren, wie man aus Schweigen schließt. Sollte diese Arbeit wohlwollend aufgenommen werden, könnte sie eine Debatte anstoßen, die ihre Ergebnisse einer kritischen Prüfung unterzieht und weitere Nuancen aufklärt. Ferner mag, wenn die Zulässigkeit des Schließens aus Schweigen im Sinne dieser Arbeit als geklärt angesehen wird, an Gerichten ein Diskurs entstehen, der weiter und vielleicht noch praxisnäher ausarbeitet, wie zutreffend aus Schweigen geschlossen wird.

Für eine erratische Handhabung des Grossman'schen Schließens durch Richter fehlen daher Anhaltspunkte.

Vor allem aber würde die Anwendung von Grossman'schem Schließen entgegen der eingangs formulierten Befürchtung gerade nicht-rationale Parteien schützen. Die strategische Zurückhaltung von Beweismitteln, die Grossman'sches Schließen verhindert, dient gerade Parteien mit dem Geschick, schon im Vorfeld von Prozessen ihre Informationen zum eigenen Vorteil zu verwalten und im Prozess eine konsistente Geschichte mit den angemessenen Lücken vorzutragen. Gerade diesen Vorteil rational Eigennutz maximierender Parteien kann Grossman'sches Schließen nivellieren.

Auch normative Gründe, die gegen die Nutzung des Rationalmodells in der Modellierung des Beibringungsgrundsatzes sprechen, sind daher nicht erkennbar.

#### *c) Die Anwendung des Rationalmodells im Kontext Grossman'schen Schließens ist gerechtfertigt*

Somit erscheint das Rationalmodell, auf dem das Modell von *Grossman* und *Milgrom* aufbaut, als eine gute Abstraktion der wesentlichen Einflussfaktoren von Parteien und Richtern bei der Würdigung von Schweigen. Es sollte häufig zu richtigen Vorhersagen führen und ist daher auch im konkreten Kontext geeignet, als verlässliche Methode mit Hilfe der verlängerten Straight Rule starke Erfahrungssätze zu begründen.

#### *4. Zwischenergebnis*

Damit ist nun mit dem Grossman'schen Schließen ein Mechanismus vorgestellt, der es dem Richter erlaubt, aus der Nichtvorlage von Beweismitteln durch die

nicht beweisbelastete Partei zutreffend auf den Sachverhalt zu schließen. Die zentralen Voraussetzungen dieses Schlusses sind zwei: Erstens muss der Richter mit einer hohen Wahrscheinlichkeit davon ausgehen können, dass der nicht beweisbelasteten Partei die Vorlage eines aussagekräftigen Beweismittels ohne Schwierigkeiten möglich wäre. Zweitens muss der Richter einen „strategischen Skeptizismus“ praktizieren, welcher der nicht beweisbelasteten Partei erkennbar macht, dass er die Nichtvorlage von Beweismitteln zu ihrem Nachteil würdigen werde. Der Schluss basiert auf einem spieltheoretischen Gleichgewicht, so dass der strategische Skeptizismus sich dadurch selbst rechtfertigt, dass er der nicht beweisbelasteten Partei, soweit sie sich vom ihm befreien kann, einen Vorlageanreiz setzt. Er basiert auf der Annahme, dass die nicht beweisbelastete Partei auf den Skeptizismus des Richters rational reagiert, indem sie vorteilhafte Beweismittel vorlegt, wenn sie kann. Davon ist auszugehen, weil die Situation, soweit der Richter seinen Skeptizismus etwa durch einen Hinweis erkennbar macht, für die nicht beweisbelastete Partei leicht zu verstehen ist und etwaige Verhaltensverzerrungen, wie sie die verhaltensökonomische und entscheidungspsychologische Literatur beschreiben, im konkreten Kontext nicht einschlägig sind.

## V. Komplikationen in der Kommunikation mit dem Gericht

Nun wurden im Nachdenken über die beiden Mechanismen – die Vereinigungsmethode und das Grossman'sche Schließen – bis hierher idealisierende Annahmen über verschiedene Umstände gemacht: Vor allem wurde die Möglichkeit zu lügen ausgeschlossen und die Kosten der Beweiserbringung wurden als niedrig angenommen. Was höhere Kosten der Beweiserbringung verändern, wird nun zunächst für die Vereinigungsmethode (§ 7 V.1.) und dann für die Anwendung des strategischen Skeptizismus (§ 7 V.2.) untersucht. Dabei zeigt sich, dass die Einführung von Kosten der Beweismittelvorlage auf die Vereinigungsmethode nur dann lediglich moderate Auswirkungen hat, wenn sie um das Grossman'sche Schließen ergänzt werden kann (dazu § 7 V.1.a) und § 7 V.1.b)). Die Wirkungen von Kosten der Informationssammlung und -offenbarung auf die Wirksamkeit der Anwendung des strategischen Skeptizismus sind differenziert zu betrachten. Prinzipiell machen sie die Anwendung des strategischen Skeptizismus komplizierter und die Selbstrechtfertigung der skeptischen Haltung des Richters genügt unter Umständen nicht mehr, um das deutsche Beweismaß der sehr hohen Wahrscheinlichkeit zu überwinden. Kosten der Informationsermittlung führen dabei schnell zu einer Ununterscheidbarkeit von Parteien mit gegen sie selbst sprechender Information und solchen Parteien, die sich nicht informieren können (§ 7 V.2.a)). Kosten der Informationsweitergabe stören die Anwendung des strategischen Skeptizismus im Vergleich weniger. Weiter ist zu un-

terscheiden, dass fixe Kosten der Informationsweitergabe (zu ihnen § 7 V.2. b)) für den aufklärenden Einsatz von strategischem Skeptizismus schädlicher sind als variable (zu ihnen § 7 V.2. c)). Angesichts dieser Unsicherheiten gewinnt der souveräne Umgang mit „pooling“ an Bedeutung, zu dem § 7 V.2. d) eine Einführung liefert.

Schließlich wird auch die Annahme, dass Lügen unmöglich ist, aufgegeben. Wenn Beweismittel nicht verlangt oder prinzipiell nicht sehr aussagekräftig sind, verlieren sowohl der Vereinigungsmechanismus als auch der strategische Skeptizismus ihre Wirkung. Umso wichtiger erscheint es sicherzustellen, dass Darlegungen im Prozess nur Wirksamkeit entfalten, wenn sie bewiesen sind. Dazu kann Grossman'sches Schließen einen Beitrag leisten (dazu § 7 V.3.).

### *1. Komplikationen in der Anwendung der Vereinigungsmethode*

Bisher wurde bei der Analyse der „Vereinigungsmethode“ Folgendes unterstellt: Beide Parteien sind vollständig über den Sachverhalt informiert, beide können ihre Informationen praktisch kostenlos kommunizieren und beweisen, Lügen sind ausgeschlossen und die Interessen der Parteien sind ausreichend gegenläufig. Aber wie robust ist der Mechanismus? Was, wenn die Bedingungen weniger ideal sind? Kann der Interessengegensatz der Parteien den Richter dann immer noch bei der Aufklärung unterstützen?

Es stellt sich heraus, dass der Vereinigungsmechanismus allein eher fragil ist. Wird er aber mit dem strategischen Skeptizismus kombiniert, ist er erstaunlich robust. Reichte in der bisher präsentierten Version noch das blinde Zusammenführen der durch die Parteien gelieferten Fakten, muss der Richter den Vereinigungsmechanismus, wenn die Parteien nicht mehr beliebig viele Informationen vorlegen können, mit strategischem Skeptizismus kombinieren, um den wahren Sachverhalt zu erschließen. Das liegt daran, dass nicht mehr notwendig jeder Behauptung eine Gegenbehauptung gegenübergestellt wird (§ 7 V.1. a)). Wenn die Parteien aus Kostengründen auswählen müssen, welche Information sie vorlegen, kann es auch geschehen, dass beide Parteien Extrempositionen mit Beweisen untermauern können. Der Vortrag der beiden Parteien lässt sich dann nichtmehr widerspruchlos zu einem Sachverhalt vereinigen. In dieser Situation kann der Richter sehr nah an den wahren Sachverhalt gelangen, indem er den Mittelwert der beiden Behauptungen als wahr unterstellt (§ 7 V.1. b)). Kosten der Beweismittelbereitstellung können für die Wahrheitsfindung allerdings förderlich wirken (§ 7 V.1. c)).



*a) Die Beschränkung der Menge an kommunizierbarer Information*

Unter Rückgriff auf die Untersuchungen von *Milgrom* und *Roberts*<sup>71</sup> sollen nun die Annahmen über die kostenfreie glaubhafte Kommunikation der Parteien mit dem Gericht gelockert werden. Vielleicht kostet diese Kommunikation etwas und den Parteien steht nur ein gewisses Budget zur Verfügung, so dass es zu aufwendig für die Parteien ist, je alle ihnen günstigen Informationen offenzulegen. Beweiserhebungen ziehen den Prozess in die Länge, die Aufbereitung von Urkunden und Akten kostet Anwaltsstunden, die Belästigung von Bekannten mit der Einvernahme als Zeugen hat vielleicht soziale Kosten. Wenn beide Parteien also aufgrund ihrer Beweiskosten eine Auswahl treffen müssen, dann legen beide Parteien beweisend die Informationen offen, die am stärksten für die jeweils eigene Sache sprechen. Positiv ist hieran, dass die Parteien sich auf besonders aussagekräftige Information beschränken. Informationen, die nur einen kleinen Unterschied machen, werden nicht an das Gericht kommuniziert. Das entlastet auch das Gericht. Der Richter wird in diesem Szenario zwar nicht vollständig informiert. Aber das ist, wenn man an den Aufwand von Gerichtsverfahren denkt, auch Segen und nicht nur Fluch. Das gibt Grund zur Hoffnung, dass der Fall sehr ähnlich entschieden wird, als sei der Richter vollständig informiert.

Die Parteien erwidern aber unter Annahme von Kommunikationskosten nicht mehr notwendig auf den Vortrag ihrer jeweiligen Gegnerin. So wird nicht jedem unscharfen Vortrag einer Partei ein präzisierender Gegenvortrag der anderen Partei gegenübergestellt. Das Gericht kann sich dann nicht darauf beschränken, zur Bildung des Sachverhalts nur die vorgetragene Fakten zusammenzuführen. Notwendig ist hier eine Kombination aus den beiden unter dem Beibringungsgrundsatz wirkenden Mechanismen des kontradiktorischen Verfahrens.

Der Richter erfährt mit Hilfe der „Vereinigungsmethode“ welche Themen im ihm unbekanntem Sachverhalt relevant sind. Solange jede Partei prinzipiell alles vortragen kann, aber gezwungen ist, aus Kostengründen eine Auswahl zu treffen, bleibt eine selbstgefällige Auswahl des Parteivortrags hinsichtlich der Frage, zu welchem Gegenstand vorgetragen werden soll, weitgehend unschädlich. Beide Parteien tragen selbstgefällig zu ihnen wichtigen Gegenständen vor. Dem Richter bleibt es daher erspart, sich anderweitig Wissen über den Kontext anzueignen, innerhalb dessen die Parteien streiten. Er kann darauf vertrauen, dass alle relevanten Aspekte behandelt werden.

Hinsichtlich der spezifischen Informationen, die eine Partei ihm zum jeweils identifizierten Thema vermittelt, muss der Richter das Vorbringen aber soweit

---

<sup>71</sup> Die Ausführungen in diesem Abschnitt beruhen auf *Milgrom*, *Journal of Economic Perspectives* 2008, 115–131, 129f.; *Milgrom/Roberts*, *RAND Journal of Economics* 1986, 18–32.

„skeptisch“ würdigen, wie eine Gegendarstellung des Gegners fehlt oder nur unvollständig ergeht, um zutreffende Informationen zu erhalten. Ohne diesen Schritt würden die Kommunikationskosten die Informationsvermittlung an den Richter stark verzerren.

b) *Keine Vereinigung der behaupteten Fakten bei zu hohen Vorlagekosten*

*Froeb* und *Kobayashi*<sup>72</sup> haben das im letzten Abschnitt besprochene Ergebnis von *Milgrom* und *Roberts* in einem Modell gleich in mehrfacher Hinsicht auf Robustheit geprüft. Wenn die Kosten der Beweismittelvorlage es ausschließen, alle bekannten Beweismittel vorzulegen, kann es dazu kommen, dass die Parteien jeweils Extrempositionen zu ihren Gunsten behaupten und diese auch mit einander widersprechenden Beweismitteln untermauern können. Die Vorlage aller Beweismittel hätte vielleicht ein konsistentes Bild gezeichnet. Aber weil beide Parteien nur eine Auswahl von Beweismitteln vorlegen können, entsteht kein *unraveling*, das alle Beweismittel vor Gericht schaffen würde. Die Parteien können also die für sie sprechenden Beweismittel vorlegen und je so tun, als seien dies alle Beweismittel, die sich bei ihnen befänden, obwohl jede Partei tatsächlich auch im Besitz von gegen sie sprechenden Beweismitteln ist. Diese Modellierung bildet also erstmalig eine bestimmte Form des Lügens ab.

Dass zusammenfassen der Vorträge in einem Sachverhalt ist nun nicht mehr ohne Widerspruch möglich. Aber das Gericht kann, soweit die Vorträge der Parteien dieselbe Dimension betreffen (Schaden, relatives Verschulden), sozusagen den Durchschnitt beider Vorträge unterstellen und liegt damit richtig. Wenn der Kläger zum Beispiel hinsichtlich der Schadenshöhe Beweismittel hat und einige Beweismittel zu seinen Gunsten eine hohe Schadenshöhe anzeigen, während andere eine niedrige Schadenshöhe anzeigen, wird er nur die Beweismittel vorlegen, die eine hohe Schadenshöhe anzeigen. Genau umgekehrt wird der Beklagte von den Beweismitteln, die ihm zur Verfügung stehen, nur die vorlegen, die eine geringe Schadenshöhe anzeigen. Eine Vereinigung des Vortrags zu einem widerspruchlosen Sachverhalt ist hier nicht möglich. Der Kläger behauptet, der Schaden sei hoch und hat hierfür Beweismittel, der Beklagte behauptet, der Schaden sei niedrig und hat dafür Beweismittel. Erkennt der Richter, dass die Parteien Beweismittel selektiv vorlegen können, kann er, so zeigen *Froeb* und *Kobayashi*, den Mittelwert zwischen den Behauptungen der Parteien als Sachverhalt unterstellen und er wird damit sehr nah an der tatsächlichen Sachlage liegen. Diese Methode wirkt besonders überzeugend bei kontinuierlichen Maßen wie der Schadenshöhe. Bei der Frage, ob ein Tatbestandsmerkmal vorliegt oder nicht – etwa bei der Frage nach dem Verschulden des Beklagten – wäre die Methode von *Froeb* und *Kobayashi* aber immer noch anwendbar, indem man die Überzeugung vom Vorliegen des Tatbestandsmerkmals als eine

<sup>72</sup> *Froeb/Kobayashi*, Journal of Law Economics and Organization 1996, 257–276.

kontinuierliche Dimension begreift und die von den beiden Beweisbündeln der Parteien vermittelte Überzeugung mittelt. Zu einer derartigen Anwendung der Methode gehört allerdings schon die Bereitschaft zu erheblicher Abstraktion.

Einfach den Durchschnitt zwischen den angewiesenen Parteibehauptungen zu unterstellen, erscheint unter dem deutschen Beweisrecht zumindest ungewöhnlich. Andererseits ist diese Unterstellung in den Situationen, die das Modell von *Kobayashi* und *Froeb* beschreibt, schlicht zutreffend. Ein Verfahren, das vorhersehbar zu zutreffenden Ergebnissen gelangt, stiftet starke Überzeugungen, die das Beweismaß überschreiten. Insofern sollte die Ergänzung des Vereinigungsmechanismus um die Unterstellung des Durchschnitts in Situationen, die durch das Modell von *Froeb* und *Kobayashi* gut abgebildet werden, als freie Beweiswürdigung zulässig sein. Das muss hier allerdings nicht vertieft werden, denn selbst wenn man den von *Froeb* und *Kobayashi* aufgezeigten Weg für ungangbar hält, kann man in vielen von ihrem Modell umfassten Situationen einer fehlenden Vereinbarkeit des Parteivortrags immer noch durch die Beweislast und den strategischen Skeptizismus zu zutreffenden Ergebnissen gelangen.

### c) Die Kosten der Beweismittelproduktion

*Kobayashi* und *Froeb* prüfen auch, wie sich Kosten der Beweiserhebung auf die Wirkung des Vereinigungsmechanismus auswirken. Die Kosten der Beweiserhebung schwächen die Wirkung des Beibringungsgrundsatzes nicht ab, sondern stärken sie. *Froeb* und *Kobayashi* nehmen an, dass die Beweismittelproduktion, d. h. die Bereitstellung von Beweismitteln vor deren Vorlage bei Gericht, beide Parteien pro Beweisstück gleich viel kostet. Das bedeutet aber, die Partei, die eher im Recht ist (deren behaupteter Schaden näher am tatsächlichen liegt, deren relatives Verschulden kleiner war oder deren Vortrag die höhere Wahrscheinlichkeit für sich hat), kann zu günstigeren Kosten *ihr günstige* Beweismittel produzieren: Für jede Produktion eines Beweismittels muss ein für beide Parteien gleicher Betrag aufgewendet werden. Für die Partei mit dem relativ kleineren Verursachungsbeitrag in einem Verkehrsunfall bedeutet das aber etwas anderes als für die Partei mit dem relativ größeren. Pro aufgewendetem Betrag erreicht die Partei mit kleinerem Verursachungsbeitrag mit höherer Wahrscheinlichkeit ein ihr günstiges Beweismittel.<sup>73</sup> Diese niedrigeren marginalen Kosten der Produktion *günstiger* Beweismittel führt dazu, dass die Partei, die tendenziell im Recht ist, mehr Beweismittel vorlegen wird, die für ihre Sache sprechen, so dass ihr der Streitgegenstand, der Wahrheit entsprechend, eher zugesprochen wird.

<sup>73</sup> Daran, dass diese Kostenasymmetrie die Grundbedingung für die Möglichkeit eines Beweises ist, erinnert *Sanchirico*, in: *Sanchirico* (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 203–270, 245. Ähnlich auch *Scott/Triantis*, *Case Western Reserve Law Review* 2005, 187–201, 199.

#### d) Zwischenergebnis

Die Vereinigungsmethode generiert, wenn sie in Reinform angewendet wird, schon bei kleinen Störungen, wie etwa bei Kosten, die es ausschließen, alle verfügbaren Beweismittel vorzulegen, nicht mehr ohne weiteres zutreffende Beweisergebnisse. Wird sie aber mit dem strategischen Skeptizismus kombiniert, soweit eine bewiesene Gegendarstellung fehlt oder zwischen die bewiesenen Darstellungen der Parteien unvereinbar sind, generiert sie weiterhin zutreffende Ergebnisse. Ihr Nutzen liegt dann nicht mehr so sehr in der Wahrheitsfeststellung, sondern in der Stoffauswahl. Der Richter kann dank der entgegengesetzten Parteiinteressen darauf vertrauen, dass er am Ende Tatsachenbehauptungen zu jedem relevanten Aspekt des Sachverhalts bekommt.

Daraus wird aber auch deutlich, dass ein Beibringungsgrundsatz, der allein über seinen Zweck gerechtfertigt ist, auf günstige Weise die Aufklärung des Sachverhalts zu befördern, ohne den strategischen Skeptizismus nicht auskommt. Erst die Ergänzung der Vereinigungsmethode um den strategischen Skeptizismus macht erstere epistemisch so robust, dass sie auch unter weniger idealen Bedingungen zuverlässig zur Sachverhaltsaufklärung führt.

### 2. Komplikationen in der Anwendung des strategischen Skeptizismus

Wenn man derart auf den strategischen Skeptizismus angewiesen ist, muss auch seine Robustheit überprüft werden, denn auch in der Analyse der Anwendung des strategischen Skeptizismus wurden bis hierher viele idealisierte Annahmen getroffen. Die Bedeutung der Annahme, es werde nicht gelogen, sollte natürlich endlich überprüft werden (dazu § 7 V.3.). Das Gleichgewicht zwischen skeptischer Haltung des Entscheiders und voller Informationspreisgabe des Informierten haben *Milgrom* und *Grossman* 1981 unter der Annahme beschrieben, dass der Informationsgeber schon informiert ist und er seine Information kostenlos und überprüfbar an den Entscheider kommunizieren kann. Diese Annahmen werden häufig nicht erfüllt sein. Schwierigkeiten der Parteien bei der Erhebung von Informationen (§ 7 V.2. a)) und bei der überzeugenden Kommunikation der Informationen durch Beweise dürften noch relevanter sein als Lügen vor Gericht. Die Beweiskosten könnten außerdem fix sein, so dass sie nicht mit der Menge an transferierter Information variieren (§ 7 V.2. b)). Oder die Kosten der Informationsübermittlung könnten variabel sein, so dass die Übermittlung von vielen Informationen auch teurer wäre als die Übermittlung von wenigen Informationen (§ 7 V.2. c)). All diese Kosten führen dazu, dass Grossman'sches Schließen weniger wirksam ist. Wenn unterschiedliche „Typen“ von Informanten ununterscheidbar werden, spricht man von „pooling“. Ob das Ausmaß an *pooling* so groß ist, dass ein Beweis per Grossman'schem Schließen nicht mehr erbracht werden kann, muss der Richter im Einzelfall abschätzen (§ 7 V.2. d)).

## a) Die Kosten der Informationssuche

*Farrell* untersucht in einem Papier<sup>74</sup>, inwieweit das *Unraveling*-Ergebnis von *Milgrom* und *Grossman* auch noch gilt, wenn die Partei, welcher der Zugriff auf Information und Beweismittel prinzipiell möglich ist, sich selbst erst unter Aufwendung von Kosten informieren muss, ohne dass die Gegenpartei oder der Richter beobachten können, ob sie das wirklich getan hat. Dieser Umstand schafft Unsicherheit, falls die Partei schweigt. Das Schweigen könnte darauf hindeuten, dass die Partei die Information nicht erfahren hat, weil die Information für die Partei zu teuer war. Es könnte aber auch sein, dass die Partei sich informiert hat, dabei eine für sie nachteilige Information gewonnen hat, und diese nun zurückhält, in der Hoffnung, man halte sie für eine uninformierte Partei. Die Unsicherheit würde nur in den Fällen sicher beseitigt werden, in denen die Partei eine Information erhebt, diese Information für sie vorteilhaft ist und die Information dann von der Partei preisgegeben wird. Die Partei, die eine vorteilhafte Information erhebt, wird sich, soweit die Haltung des Entscheiders skeptisch ist, von den schweigenden Parteien absetzen wollen.

Inwieweit eine sich selbst rechtfertigende skeptische Haltung des Richters noch möglich ist, hängt davon ab, welchen Anteil die nicht informierten Parteien an der Gesamtheit der Parteien ausmachen und wie hoch das Beweismaß liegt. Wie aus diesen Faktoren im Einzelfall geschlossen werden kann, ob *Grossman'sches* Schließen noch funktioniert, illustriert § 7 V.2. d).

Festzuhalten ist hier nur, je größer der Anteil der nicht informierten Parteien und je kleiner unter ihnen der Anteil der nach wirklicher Sachlage zu verurteilenden, desto weniger skeptisch ist die skeptischste sich selbst rechtfertigende Haltung des Entscheiders, desto weniger wirksam ist die *Unraveling*-Dynamik und desto weniger informativ ist das Schweigen der Partei. Wie groß der Anteil informierter Parteien ist, hängt von den Kosten für die Informationsbeschaffung ab. Ist sie relativ günstig, bleiben wenige Parteien uninformiert. Ist sie teuer, werden viele Parteien uninformiert bleiben.

Interessant an *Farrells* Ergebnis ist vor allem seine Erkenntnis, dass zwar grundsätzlich mit einem Wachsen des Anteils an informierten Parteien das *unraveling* stetig zunimmt. Aber zugleich zeigt er, dass schon ein relativ kleiner Anteil an Parteien, die sich nicht informieren können, ein großes Hindernis für das *unraveling* erzeugt. Schon wenn man also leichte Zweifel hat, ob die Partei sich wirklich zu zumutbaren Kosten informieren bzw. die notwendigen Beweismittel verschaffen kann, können aus ihrem Schweigen keine starken Schlüsse mehr gezogen werden. Dennoch lässt sich zeigen, dass es für *Grossman'sches* Schließen nicht erforderlich ist, dass der Richter eine volle, das Beweismaß erfüllende Überzeugung von der Vorlagemöglichkeit hält (vgl. sogleich § 7 V.2. d)).

<sup>74</sup> Der Abschnitt § 7 V.2. a) referiert die Ergebnisse von *Farrell*, Voluntary disclosure: robustness of the unraveling result, and comments on its importance.

*b) Die Informationsweitergabe zu fixen Kosten*

*Jovanovic* hat in einem Aufsatz<sup>75</sup> gezeigt, dass fixe Kosten der Informationskommunikation an den nicht informierten Entscheider ebenfalls dazu führen können, dass ein Teil der Informanten ihren Typ nicht zu erkennen geben. Das sind die Parteien, die von einer Informationspreisgabe angesichts der fixen Kosten nicht genug zu gewinnen haben. Nur die Parteien, die durch die Preisgabe ihrer Information so viel zu gewinnen haben, dass sie für die Aufwendung der Kommunikationskosten ausreichend kompensiert werden, werden ihren Typ zu erkennen geben. Das sind tendenziell solche Informanten, die eine Information besitzen, die für sie selbst besonders vorteilhaft ist. Wenn also erhebliche und für alle Typen ähnlich hohe Beweiskosten zu erwarten sind, wird das *unraveling* jedenfalls nicht vollständig sein. Ganz wie bei *Farrell* entsteht wieder eine Gruppe von Informanten, die ihren Typ nicht offenbaren.

In *Jovanovic's* Modell ist das strategische Denken der informierten Partei ein anderes als bei *Farrell*. Bei *Farrell* weiß die Partei zunächst selbst nicht, ob die Sachlage so liegt, dass sie den Prozess gewinnen oder verlieren müsste, und kann Kosten aufwenden, um es zu erfahren. Diese Kosten der Informationsbeschaffung wird sie nur aufwenden, wenn diese Kosten für sie speziell nicht zu hoch sind. Bei *Jovanovic* dagegen weiß die Partei, ob sie den Prozess gewinnen müsste und sie entscheidet strategisch, ob sie investieren sollte, um dies auch das Gericht wissen zu lassen. Das Ergebnis ist aber sehr ähnlich: Es kommt zu einer Ununterscheidbarkeit von Parteien, die nicht sprechen können und solchen, die nicht sprechen wollen. Ein kleiner Unterschied bleibt aber: Bei *Farrell* können die schweigenden Parteien auch solche sein, die den Prozess nach wirklicher Sachlage klar gewinnen sollten. Bei *Jovanovic* würden Parteien mit einem besonders guten Fall ihre Informationen tendenziell offenlegen, während es nur zu einem *pooling* der Parteien mit verschiedengradig nachteiliger Information kommt. Betreffen die Kosten also nicht die Informationssuche, sondern allein die Vorlage von Beweismitteln, ist bei gleichen Kosten mehr sich selbst rechtfertigender strategischer Skeptizismus möglich, so dass es zu mehr *unraveling* kommt. Fixe Kosten der Informationsweitergabe sind für Grossman'sches Schließen also weniger schädlich als Kosten der Informationssuche.

*c) Die Informationsweitergabe zu variablen Kosten*

Ein anderes Ergebnis, nämlich vollständiges *unraveling*, ist möglich, wenn die Kommunikations- und Beweiskosten umso höher sind, je mehr Informationen der Informant weitergibt.<sup>76</sup> Die Grundlage der Intuition, die dies verständ-

<sup>75</sup> Der Abschnitt §7 V.2.b) referiert die Ergebnisse von *Jovanovic*, *The Bell Journal of Economics* 1982, 36–44.

<sup>76</sup> Der Abschnitt §7 V.2.c) referiert die Ergebnisse von *Hedlund*, *Games and Economic Behavior* 2015, 28–40.

lich macht, ist das *signaling*,<sup>77</sup> das jedem Beweis zu Grunde liegt. Variieren die Kosten wie hier mit der Menge an preisgegebener Information, ermöglicht dies *signaling*, denn Informationspreisgabe ist für Parteien im Recht billig und für Parteien im Unrecht teuer, weil sie das Risiko birgt, dass der Typ der Partei erkannt wird. Obwohl die variablen Kosten der Beweisweitergabe Grossman'sches Schießen erschweren, eröffnen sie ein Ersatzverfahren: Der Richter weiß, dass nur die Partei im Recht bereit wäre, für die Weitergabe vieler Informationen auch viel zu bezahlen. Daher kann er den Typ der Partei aus ihrem Investitionsverhalten erschließen.

Das Ineinandergreifen der zwei Dynamiken kann bei praktisch beliebiger Höhe der Beweiskosten zumindest theoretisch gewährleisten, dass jeder Informant seine Information preisgibt. Man beachte, dass hier nicht bloß aus enormen Investitionen in den Prozess auf das Recht des Investierenden geschlossen wird, so dass etwa reiche Parteien immer gewinnen. Die Investitionen sind zugleich auch informativ. *Hedlund* tastet die Annahme, dass die an den Entscheider kommunizierte Information überprüfbar ist, nicht an. Lügen ist ausgeschlossen. Je mehr eine Partei, die den Prozess nach der wirklichen Sachlage nicht gewinnen sollte, in den Prozess investiert, desto eher erkennt das Gericht aus den vorgelegten schlechten Beweismitteln, dass diese Partei nicht gewinnen sollte. Der Richter kann sich also die Frage stellen: Würde eine Partei, die die Offenlegung des wirklichen Sachverhalts fürchten müsste und die daher besonders hohe Kosten hätte, um Beweismittel zu ihren Gunsten vorzulegen, das Gericht in dem Ausmaß bei der Sachverhaltsfeststellung unterstützen, wie es die betreffende Partei tut? Lautet die Antwort nein, ist das ein Hinweis dafür, dass der Vortrag der betreffenden Partei zutrifft, soweit sie das Gericht bei der Aufklärung unterstützt. Die Nutzung des Zusammenspiels dieser beiden Dynamiken stellt enorme Anforderungen an den Entscheider. Er darf nun nicht mehr so skeptisch sein wie möglich, sondern muss den Grad seiner Skepsis auf die Kommunikationskosten einstellen. Sind diese null, gilt das *Unraveling*-Resultat von *Milgrom* und *Grossman* und der Entscheider sollte so skeptisch sein wie möglich. Sind die Kosten dagegen erheblich und ist der Entscheider daher auch auf die Dynamik des *signalings* angewiesen, muss er seinen Skeptizismus mäßigen und aus den Investitionen der Partei schließen, wie viel günstiger als das für die Partei schlechtest mögliche Würdigungsergebnis die vorgetragene Information ist.

Wegen der hohen Ansprüche, die diese Kombination an das strategische Verständnis des Richters stellt, dürften Richtern bei den Schlüssen aus dem Parteienaufwand allerdings leicht Fehler unterlaufen. Diese Fehler disqualifizieren die Schlüsse nicht, sondern bedeuten einfach, dass sie weniger zuverlässig sein dürf-

<sup>77</sup> Vgl. oben bei Spieltheorie den Abschnitt zu *signaling* als Grundmodell des Beweises: § 6 III. 1.

ten als etwa der Schluss aus Schweigen in einer Situation, die die Voraussetzungen für Grossman'sches Schließen vollständig erfüllt. Die richterlichen Fehler beim Lesen der Signale führen ein Rauschen in das Signal ein, das die informierte Partei sendet. Schlüssen aus dem Prozessaufwand dürfte daher – anders als das Lesen aus Schweigen im Rahmen des Grossman'schen Schließens – selten die Qualität eines allein stehenden vollen Beweises zukommen. Sie können aber mit anderen Indizien die Überzeugung des Richters stützen. Vollständige Offenbarung aller Information mag aufgrund der Überlegungen von *Hedlund* theoretisch möglich sein, praktisch zu erwarten ist sie in diesen Fällen eher nicht.

#### d) *Das Problem des poolings*

Die Kosten von Informationssuche und Beweis führen tendenziell dazu, dass verschiedene „Typen“ von Parteien ununterscheidbar werden. Die in den Händen der Parteien liegende Information wird nicht vollständig aktiviert. Das Versagen des Grossman'schen Schließens ist graduell. Der Richter muss das Ausmaß dieses „poolings“ abschätzen und sich die Frage stellen, wie stark die Schlüsse, die er aus dem Schweigen ziehen kann, unter diesen Bedingungen sind. Dazu sei im Folgenden der Umgang mit *pooling* illustriert.

Ignorieren wir zu Illustrationszwecken, warum das *unraveling* unvollständig ist. Stattdessen nehmen wir einfach an, dass die nicht beweisbelastete, aber möglicherweise allein informierte Partei aus irgendwelchen Gründen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit keine Information vorlegen kann. So lässt sich das Ausmaß des in den vorangegangenen Abschnitten besprochenen Problems der Ununterscheidbarkeit verschiedener schweigender Typen leicht an einem einfachen Spielbaum verdeutlichen.

Zunächst trifft der Richter eine Annahme über die Zusammensetzung der Grundgesamtheit der beklagten Parteien in den relevanten Fällen. Er nimmt an, von den verklagten Parteien hat ein Anteil von  $p \in [0,1]$ <sup>78</sup> mit Verschulden gehandelt. Das ist seine Anfangswahrscheinlichkeit für das Vorliegen des betreffenden Tatbestandsmerkmals. Im Spiel lässt sich das durch einen Zug der Natur darstellen, der mit bekannter Wahrscheinlichkeit bestimmt, ob die betreffende Partei mit oder ohne Verschulden gehandelt hat. Von den betreffenden Parteien kann ein Anteil von  $q \in [0,1]$  keine Information vorlegen. Sei es, weil die Parteien nicht informiert sind, sei es, weil die Weitergabe der Information zu teuer ist. Ob eine Partei Informationen vorlegen kann, sei unabhängig davon, ob sie mit oder ohne Verschulden gehandelt hat. Wieder lässt sich diese Wahrscheinlichkeit, dass die Partei, auf die der Richter trifft, Informationen vorlegen kann, mit

<sup>78</sup>  $p \in [0,1]$  bedeutet  $p$  Element der Menge „null bis eins“.  $P$  liegt also – wie alle Wahrscheinlichkeiten – irgendwo zwischen null und eins. Die eckigen Klammern bedeuten, sowohl 0 als auch 1 sind Teil der Menge,  $p$  kann also auch die Werte 0 und 1 annehmen.



einem Zug der Natur modellieren. Die Natur bestimmt mit bekannter Wahrscheinlichkeit, ob eine Partei keine Informationen vorlegen kann (Wahrscheinlichkeit  $q$ ) oder ob sie es kann (Wahrscheinlichkeit  $1 - q$ ).

Kann die Partei keine Informationen vorlegen, bleibt ihr nichts übrig, als vor Gericht passiv zu bleiben. Kann sie aber Informationen vorlegen, hat sie die Wahl, ob sie ihr Beweismittel vorlegen will oder nicht.

Daraufhin hat der Richter die Wahl, ob er die Klage zuspricht oder abweist. Die Auszahlungen sind so gewählt, dass der Beklagte 1 erhält, wenn die Klage abgewiesen wird, und 0, wenn sie zugesprochen wird. In erster Näherung wird der Richter als Fehlerminimierer modelliert. Die richtige Entscheidung tritt für ihn nicht weiter hervor, aber Fehler schmerzen ihn. Nach der Größe der Fehler wird hier zunächst nicht differenziert. Der Richter erhält daher 0, wenn er keinen Fehler macht, also die Klage gegen die schuldlos handelnde Partei abweist und die Klage gegen die schuldhaft handelnde zuspricht. Und er erhält – diese Annahme variieren wir sogleich auch –  $(-1)$ , wenn er einen Fehler macht, also eine Klage gegen einen schuldhaft Handelnden abweist oder eine Klage gegen einen schuldlos Handelnden zuspricht.

Noch ein Wort zu den Auszahlungen des Richters. In ihnen verbirgt sich das Beweismaß. Findet der Richter falsche Verurteilungen  $(-1)$  genauso schlimm wie falsche Klageabweisungen  $(-1)$ , liegt hierin ein Beweismaß von  $50\% + x$ . Findet der Richter dagegen falsche Verurteilungen viel schlimmer als falsche Klageabweisungen, liegt darin eine Repräsentation des deutschen Beweismaßes, das Beweismaß einer hohen Wahrscheinlichkeit. Setzen wir das deutsche Beweismaß hier, um mit runderen Werten arbeiten zu können, statt mit  $84\%$  mit  $80\% + x$  an, so könnten die Auszahlungen des Richters für die falsche Verurteilung etwa  $-1,6$  und für die falsche Klageabweisung dann  $-0,4$  lauten. Beide Spiele – das mit einem Beweismaß von  $> 50\%$  und das mit einem Beweismaß von  $> 80\%$  – sollen hier analysiert werden. In der folgenden Illustration soll angenommen werden, dass sowohl  $p$ , die Wahrscheinlichkeit eines Verschuldens, als auch  $q$ , die Wahrscheinlichkeit, kein Beweismittel vorlegen zu können, je  $50\%$  betragen, so dass alle möglichen Kombination aus Verschulden und Fähigkeit der Beweismittelvorlage je  $25\%$  betragen. Das heißt für die Beschriftung der Spielbäume:  $p \times q = p \times (1 - q) = (1 - q) \times q = (1 - p) \times (1 - q) = 25\%$ .

Blicken wir zunächst auf das Spiel, in dem der Richter falsche Verurteilungen genauso schlimm findet wie falsche Klageabweisungen, in dem also ein Beweismaß von  $50\% + x$  herrscht. Betrachten wir nur zwei Strategien des Richters, eine gutgläubige und eine skeptische. Wenn der Richter gutgläubig ist, wird er die Klage gegen jede schweigende nicht beweisbelastete Partei abweisen. Das bedeutet, dass die nicht beweisbelastete Partei nie einen Anreiz hat, Beweise vorzulegen, weil wir annehmen, dass jede Beweisvorlage zumindest mit einem gewissen Umstand verbunden ist. Der Richter muss dann davon ausgehen, dass die Partei vor ihm mit  $50\%$  Wahrscheinlichkeit zu verurteilen und mit  $50\%$

Wahrscheinlichkeit die Klage abzuweisen wäre. Wiese er ab, würde er in 50 % der Fälle einen Fehler machen, seine erwartete Auszahlung wäre  $-0,5$ ; spräche er zu, würde er ebenfalls mit 50 % Wahrscheinlichkeit einen Fehler machen und seine erwartete Auszahlung wäre ebenfalls  $-0,5$ . Er wäre bei dieser Strategie indifferent zwischen Verurteilung und Abweisung und würde nach Beweislast (Beweismaß  $50\% + x$ ) abweisen.

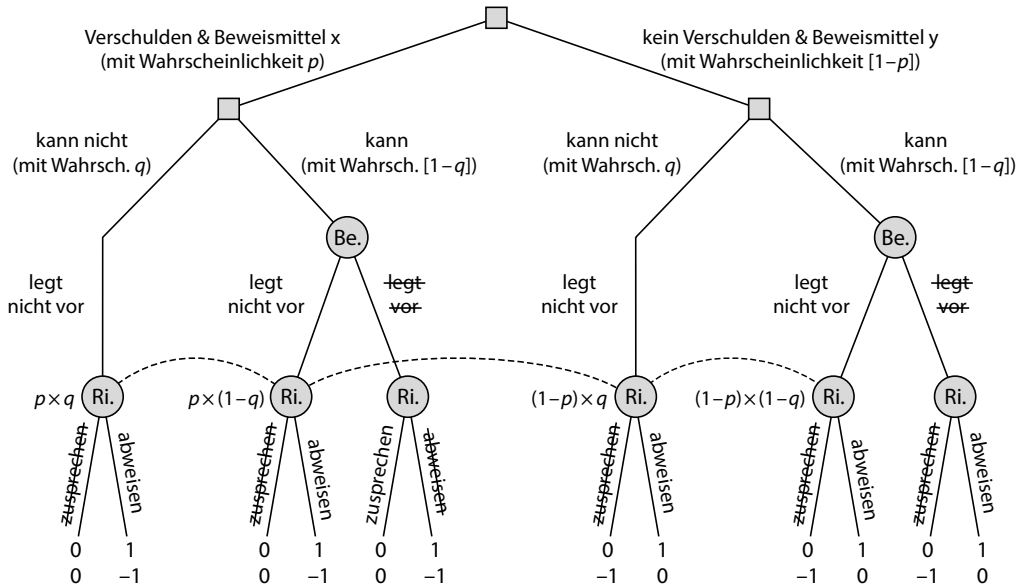


Abbildung 16: Strategie des Richters: Spricht bei Schweigen nicht zu (gutgläubig); Beweismaß  $50\% + x$ .

Wäre diese gutgläubige Strategie des Richters, die der Spielbaum einschließlich der Reaktionen der nicht beweibelasteten Partei illustriert, Teil eines Gleichgewichts? Nein. Der Richter kann sich durch Wahl der skeptischen Strategie besserstellen. Ist der Richter skeptisch, erhält die Partei, falls sie sich kein Verschulden vorzuwerfen hat und ein Beweismittel vorlegen kann, einen Anreiz, das auch zu tun. Zumindest solche Parteien ohne Verschulden und mit Beweismittelzugang werden also jetzt ihre Beweismittel offenbaren, so dass der Richter mehr Informationen gewinnt und auch das Schweigen für ihn informativer wird: Er weiß, dass unter den Schweigenden zumindest keine Parteien sind, denen eine Beweismittelvorlage möglich ist und die durch eine solche die Klageabweisung erreichen könnten. Für alle schweigenden Parteien gilt nun, dass sie mit einer Wahrscheinlichkeit von  $\frac{2}{3}$  solche sind, denen ein Verschulden zur Last gelegt werden kann und nur noch mit einer Wahrscheinlichkeit von  $\frac{1}{3}$  solche, denen kein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Der Richter erhöht mit dieser Strategie seine erwartete Auszahlung von  $-0,5$  auf  $-0,33$ , denn er wird nur noch in  $\frac{1}{3}$  der Fälle einen Fehler machen, der ihn  $-1$  kostet. Anders ausgedrückt: Der Richter kann auch in solchen Fällen von der skeptischen Haltung

profitieren, in denen die Wahrscheinlichkeit, dass die nicht beweisbelastete Partei ein Beweismittel vorlegen kann, relativ niedrig liegt (hier bei 50 %). Die skeptische Haltung des Richters in diesem Spiel würde zu mehr Informationsoffenbarung führen, so lange nicht alle Beklagten uninformatiert sind. Denn nur, wenn der Richter an das Schweigen negative Konsequenzen knüpft, hat zumindest die informierte schuldlos handelnde Partei einen Anreiz, sich von der schweigenden Masse aus uninformatierten und verschleiern den schuldhaft Handelnden abzuheben. Das führt dazu, dass der Richter weniger Fehlentscheidungen trifft.

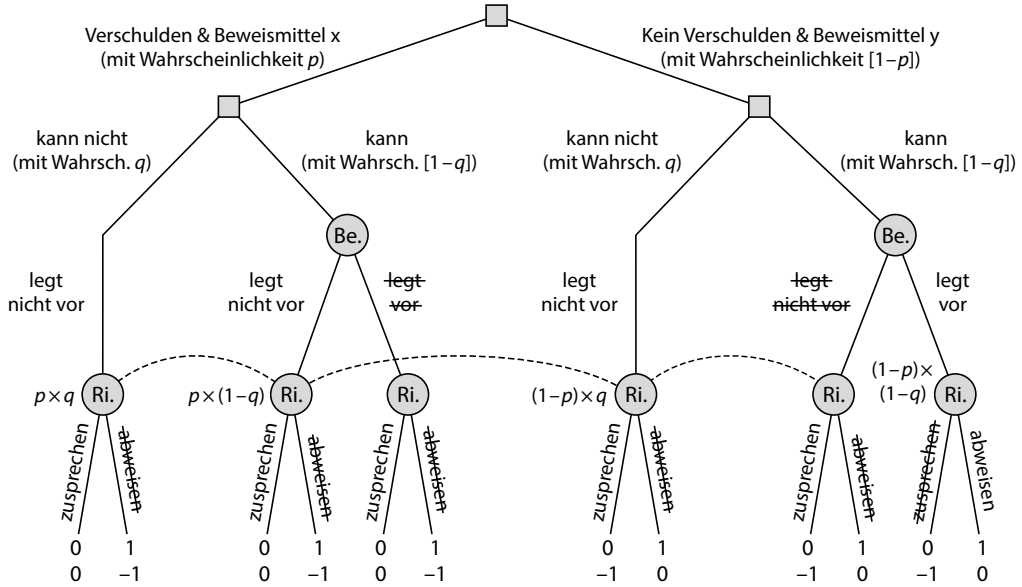


Abbildung 17: Strategie des Richters: Spricht bei Schweigen zu (skeptisch); Beweismaß 50 % + x.

Ein Richter, der einem hohen Beweismaß verpflichtet ist, also etwa falsche Verurteilungen viermal so schlimm findet wie falsche Klageabweisungen, kann das Potential der skeptischen Haltung dagegen nur in einem weitaus geringen Maße nutzen. Unternehmen wir noch einmal genau die gleichen Analyseschritte, nehmen aber nun einen Richter an, der falsche Verurteilungen viermal so schlimm findet wie falsche Klageabweisungen, was einem Beweismaß von 80 % entspricht.

Wenn er die gutgläubige Strategie anwendet und die Klage gegen eine schweigende Partei immer abweist, hat die nicht beweisbelastete Partei nie einen Anreiz ihre Information offenzulegen. Die Partei, die vor den Richter tritt, ist für ihn also zu 50 % eine, gegen die er die Klage zusprechen müsste, und zu 50 % eine, gegen die er die Klage abweisen müsste. Entsprechend wird er abweisen. Seine erwartete Auszahlung ist  $0,25 \times (-0,4) + 0,25 \times (-1,6) = -0,5$ . Soweit alles wie oben (einziger Unterschied ist die Zusammensetzung der Fehlerkosten des Richters).

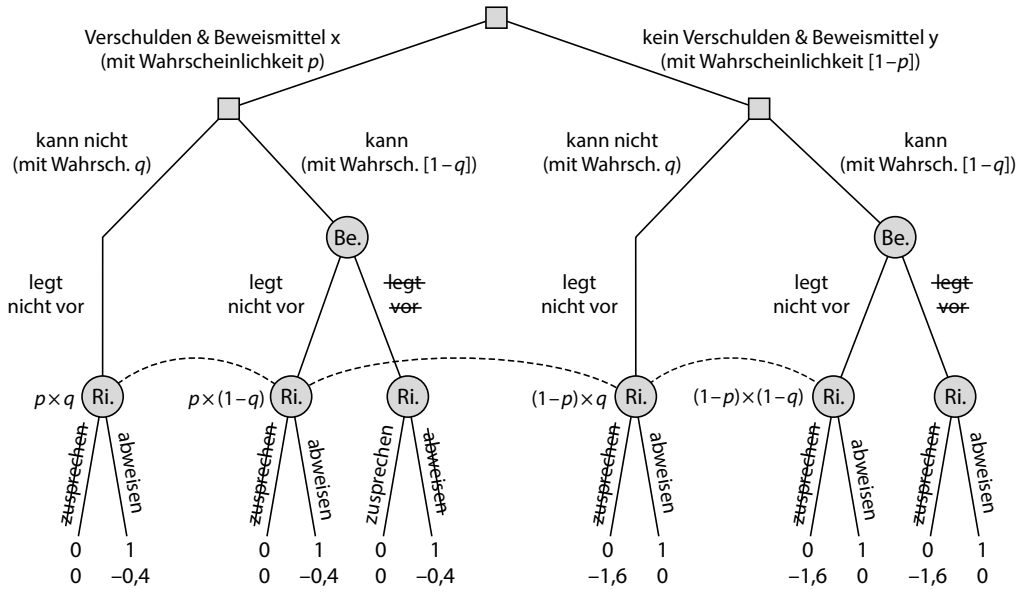


Abbildung 18: Strategie des Richters: Spricht bei Schweigen nicht zu (gutgläubig); Beweismaß 80 % + x.

Für den durch ein hohes Beweismaß gebundenen Richter ist es aber nun keine Verbesserung, eine skeptische Haltung einzunehmen. Zwar würde auch er dadurch eine Partei, die beweisen kann und nicht schuldhaft gehandelt hat, dazu bringen, ihre Beweise vorzulegen. Und auch er würde so mehr Informationsoffenbarung und eine Verringerung der Fehler erreichen. Aber das würde seine Auszahlung nicht erhöhen, sondern absenken, weil er nach seinen Präferenzen kleine Fehler bei Begehung größerer vermeiden würde. Weil in den Auszahlungen das Beweismaß steckt, könnte man auch formulieren: Das hohe Beweismaß verwehrt ihm im konkreten Fall die Anwendung des strategischen Skeptizismus. Durch die Anwendung des strategischen Skeptizismus steigt die Wahrscheinlichkeit, dass er fälschlicherweise verurteilt, von 25 % auf 33 %. Unter Geltung des hohen Beweismaßes kann ihn die Abnahme der Wahrscheinlichkeit falscher Klageabweisungen von 25 % auf 0 % dafür nicht entschädigen, weil ihm das hohe Beweismaß vorschreibt, falsche Verurteilungen viermal schlimmer zu finden als falsche Klageabweisungen. Entsprechend sänke seine erwartete Auszahlung von  $-0,5$  auf  $-0,53$ . Anders könnte man wieder formulieren, die Wahrscheinlichkeit von 66 % für Verschulden, die er in den Fällen des Schweigens erreichte, würde unter Geltung eines Beweismaßes von 80 % eben nicht ausreichen, die richterliche Überzeugung zu begründen, so dass sich des Richters skeptische Haltung nicht selbst rechtfertigte. Alle drei Erklärungen sind im gewählten Modell äquivalent.

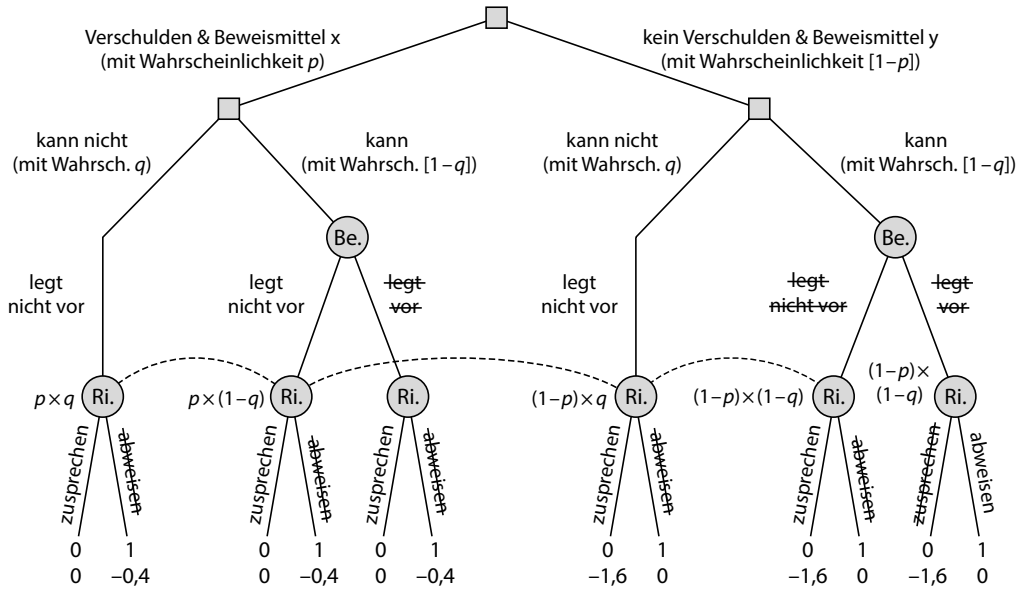


Abbildung 19: Strategie des Richters: Spricht bei Schweigen zu (skeptisch);  
Beweismaß 80 % + x.

Um einen Fall zu erzeugen, in dem sich die skeptische Strategie für den Richter, der falsche Verurteilungen schlimmer findet als falsche Klageabweisungen (bzw. in einem System mit einem Beweismaß von 80 %), auszahlt, könnte man in dem hier verwendeten Beispiel eine von zwei Veränderungen vornehmen. Wenn man die Wahrscheinlichkeit, dass eine Partei ein Beweismittel vorlegen kann ( $1 - q$ ), erhöht, kann auch ein Richter unter dem hohen deutschen Beweismaß eine skeptische Strategie nutzen. Im hier verwendeten Beispiel müsste man ( $1 - q$ ) etwa auf unter 75 % erhöhen, dann würde der Richter unter Anwendung einer skeptischen Strategie über das Beweismaß von 80 % gelangen. Der Richter ist also unter Geltung eines hohen Beweismaßes stärker darauf angewiesen, dass die Wahrscheinlichkeit, dass die durch seinen strategischen Skeptizismus belastete Partei ein aussagekräftiges Beweismittel vorlegen kann, hoch ist. Sicher muss er sich dieser Möglichkeit aber nicht sein (im Beispiel reicht ceteris paribus eine Wahrscheinlichkeit der Vorlagemöglichkeit von 75 %, die das angenommene Beweismaß von 80 % nicht übersteigt).

Genauso könnte der Richter aber die skeptische Strategie eher anwenden, wenn die Ex-ante-Wahrscheinlichkeit von Verschulden ( $p$ ) höher wäre. Auch dann wären falsche Verurteilungen unwahrscheinlicher, was dem Richter mehr Raum für seinen strategischen Skeptizismus ließe. Läge die Ex-ante-Wahrscheinlichkeit für Verschulden etwa über  $\frac{2}{3}$  – man beachte, das Beweismaß ist durch die Ex-ante-Wahrscheinlichkeit noch nicht erfüllt – und ließe man die Wahrscheinlichkeit, dass die nicht beweisbelastete Partei ein Beweismittel vorlegen kann, bei 50 %, dann erlaubte der strategische Skeptizismus dem Richter,

aus dem Schweigen der Partei zu schließen, dass sie mit über 80 % Wahrscheinlichkeit mit Verschulden gehandelt hat, also unter Erfüllung des Beweismaßes zu verurteilen ist. Diese Erkenntnis eröffnet eine neue Lesart des Anscheinsbeweises, die in einem späteren Kapitel ausgeführt wird (vgl. hinten § 10 IV).

#### e) *Zwischenergebnis*

Festzuhalten bleibt also, dass das *Unraveling*-Resultat stabil ist, solange man annehmen kann, dass die Parteien zumindest selbst wissen, ob sie nach der wirklichen Sachlage den Prozess gewinnen oder verlieren müssten. Wirklich schädlich für das Grossman'sche Schließen ist es, wenn es ernsthaft möglich ist, dass die nicht beweisbelastete Partei selbst schlicht nicht weiß, was passiert ist, weil sie aus Kostengründen davon abgesehen hat, sich zu informieren, obwohl sie um den strategischen Skeptizismus des Richters wusste. Ist dagegen nur die glaubhafte Weitergabe der Informationen an das Gericht, also der Beweis, mit Kosten verbunden, sind die Auswirkungen auf das Grossman'sche *unraveling* weniger gravierend. Hier werden zumindest die Parteien mit starken Beweismitteln ihre Information offenbaren, während es zur Ununterscheidbarkeit von Parteien mit weniger aussagekräftigen Beweismitteln und Parteien mit Beweismitteln, die gegen sie sprechen, kommt. Das Funktionieren des Grossman'schen Schließens ist jedenfalls nicht auf solche Fälle beschränkt, in denen für den Richter zweifelsfrei feststeht, dass diese nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel hat. Nicht einmal eine „für das Leben brauchbare Überzeugung“, also eine Überzeugung, die das Beweismaß übersteigt, muss erreicht werden. Im Falle des deutschen Beweismaßes einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit würde vielmehr eine bloß hohe Wahrscheinlichkeit genügen. Noch weniger anspruchsvoll wird die Nutzung des Grossman'schen Schließens hinsichtlich der erforderlichen Überzeugung vom Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel, wenn die Ex-ante-Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmal ihrerseits schon erhöht ist. Das kann der Fall sein, weil ein einfacher Erfahrungssatz einschlägig ist, der aber seinerseits ebenfalls nicht eine Überzeugung stiften muss, die das Beweismaß übersteigt (vgl. dazu hinten § 10 IV).

### 3. *Die Möglichkeit zu lügen*

Auch wenn Lügen vor Gericht vielleicht nicht das größte Problem sind, so muss doch akzeptiert werden, dass Lügen vor Gericht prinzipiell möglich sind. Dass die besprochenen ökonomischen Modelle Lügen ausschließen, schränkt also die Verallgemeinerbarkeit ihrer Aussagen ein. Wie weit der Ausschluss die Verallgemeinerbarkeit einschränkt, ist dabei genauer auszuleuchten. Hinzuweisen ist auch darauf, was Lügen in der vorliegenden Untersuchung genau bedeutet.

Diese Untersuchung beschäftigt sich allein mit der Beweisdimension der Sachverhaltsfeststellung. Lügen bedeutet dann das Fälschen von Beweisen. Allerdings kompromittiert die Möglichkeit, Beweise zu fälschen, die Beweisbarkeit insgesamt. Wenn jedes Beweismittel gefälscht sein könnte, beweist auch das richtige Beweismittel nicht mehr. Beweise werden dann unmöglich. Eine echte Beweisebene gäbe es nicht mehr, Darlegung und „Beweis“ fielen zusammen.

Wenn Lügen leicht möglich sind, führt der Vereinigungsmechanismus nicht mehr zur Wahrheit und zutreffendes Grossman'sches Schließen wird unmöglich. Wenn die Parteien beliebig lügen können, wird es meist gar nicht möglich sein, die Vorträge der beiden Parteien widerspruchsfrei in einen Sachverhalt zu fassen. Die Partei, die A möchte, behauptet eben A und die Partei, die B möchte, behauptet eben B. Eine Vereinigung wird so nicht erreicht und bietet dem Richter daher auch keine Orientierung. Einen Durchschnitt zu bilden, führt hier nicht in die Nähe einer wahren Sachverhaltsrekonstruktion, weil die Behauptungen der Parteien ja schlicht keinerlei Verbindung zur Realität haben.

Grossman'sches Schließen lebt seinerseits davon, dass der strategische Skeptizismus dem Informanten einen Anreiz setzt, seine Information offenzulegen. Wenn Lügen von wahren Aussagen gar nicht zu unterscheiden sind, und nur dann ist Lügen wirklich leicht möglich, kann der Informant seine Information nicht „offenbaren“. Der Entscheider wird nie wissen, ob die Behauptung, die der Informant macht, nun wahr oder falsch ist. Die Behauptung trägt damit bei der unbegrenzten Möglichkeit zu lügen gar keine Information. Ob die Partei spricht oder schweigt, ist folglich irrelevant.

Obwohl man also meinen sollte, dass durch die unbegrenzte Möglichkeit zu lügen der Informationsaustausch schlicht völlig zusammenbricht, haben *Crawford* und *Sobel*<sup>79</sup> dennoch Wege gefunden, wie sogar unter diesen extremen Annahmen noch Informationsübermittlung möglich ist. Wie sich aber zeigen wird, ist mit dieser Form der Informationsübermittlung an den Richter vor Gericht nicht zu rechnen.

Die fehlende Unterscheidbarkeit von Lügen und wahren Aussagen rührt daher, dass Lügen und wahre Aussagen der informierten Partei gleiche Kosten verursachen. Es gibt keinen Kostenunterschied, den ein wahrheitsgemäß Berichtender ausnutzen könnte, um den Wahrheitsgehalt seiner Nachricht glaubhaft zu signalisieren. So bietet der eigene Vorteil der informierten Partei grundsätzlich den einzigen Anreiz für die Auswahl des Inhalts ihrer Aussage. Entsprechend nennt sich die Modellfamilie, die *Crawford* und *Sobel* begründet haben, „*cheap talk*“. Das Senden von Nachrichten ist gleichförmig günstig – unabhängig vom Inhalt der Nachricht. *Crawford* und *Sobel* zeigen einerseits, dass es in diesen Kontexten immer auch ein sogenanntes *babbling equilibrium* gibt, ein Gleichgewicht des inhaltsleeren Geschwätzes, in dem die informierende Partei

<sup>79</sup> *Crawford/Sobel*, *Econometrica* 1982, 1431–1451.

irgendetwas berichtet und die zu informierende dieser Aussage keinen Informationswert beimisst. Es kann aber auch Gleichgewichte geben, in denen tatsächlich eine gewisse Informationsmenge ausgetauscht werden kann. Dabei gilt: Es kann umso mehr Information ausgetauscht werden, je ähnlicher die Interessen des Informanten denen des zu Informierenden sind. Diese Einsicht macht auch klar, dass die klassische Literatur des „*cheap talks*“ für die Informationsübermittlung der Parteien an den Richter wenig Erhellendes beizutragen hat, denn wenn der Richter vorrangig richtig entscheiden will, oder immerhin eine Fehlerverteilung erreichen will, die dem Beweismaß entspricht, dann hängt der Gleichlauf seiner Interessen mit dem der ihn informierenden Partei davon ab, ob die Partei recht hat oder nicht. Natürlich kann er sich Erwartungen über den Interessengleichlauf bilden und auf dieser Grundlage den Vortrag der Parteien würdigen. Aber es geht hier um Gleichgewichtszustände. In einem Gleichgewicht müsste die vortragende Partei diese Erwartungen des Richters vorhersehen und den Inhalt ihres Vortrags entsprechend abstimmen. Das wird selten zu erreichen sein. Selbst wenn die Interessen der Parteien weitgehend gleichlaufen, sind immer noch „*babbling equilibria*“ möglich, so dass die Kenntnis der Erwartungen über den Grad des Interessengleichlaufs die Parteien nicht vom diffizilen Problem der Gleichgewichtsauswahl dispensiert.

Nachdem die beiden Endpunkte des Kontinuums zwischen der Unmöglichkeit des Lügens (Grossman'sches Schließen) und der ganz fehlenden Differenzierung zwischen wahrheitswidrigen und wahrheitsgemäßen Aussagen andererseits (*babbling equilibria* bei Interessengegensatz) abgesteckt sind, kann nun geklärt werden, was sich zwischen diesen Extremen abspielt und welchem Endpunkt die Situation vor Gericht näher steht.

*Sanchirico* hat darauf hingewiesen, dass es zwar prinzipiell möglich ist, Beweise zu fälschen und wahrheitswidrige Sachverhalte glaubhaft vor Gericht zu vertreten.<sup>80</sup> Dies verursache aber im Vergleich zu wahrheitsgemäßem Vortrag und Beweis zusätzliche Kosten.<sup>81</sup> Jeder Beweis basiere auf der Annahme, dass seine Fälschung teurer sei als seine wahrheitsgemäße Erbringung; nur dadurch könne der Beweis die Wahrheit des beweisbedürftigen Vortrags anzeigen.<sup>82</sup> *Cheap talk* ist in Reinform aufgrund des Beweisbedürfnisses vor Gericht daher sicher selten. Normalerweise besteht eine erhebliche Kostendifferenz zwischen dem Beweis wahrheitsgemäßen und wahrheitswidrigen Vortrags, was *signaling* im Sinne sinnvollen Schließens aus der Beweisvorlage ermöglicht.

Den Bereich zwischen den Extremen *cheap talk* einer- und Grossman'schem Schließen andererseits analysiert *Kartik* – in einem Fall mit Koautoren – in zwei

<sup>80</sup> *Sanchirico*, in: Parisi (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, 171–200, 182; *Sanchirico*, in: *Sanchirico* (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 203–270, 239 f., 242.

<sup>81</sup> *Sanchirico*, in: *Sanchirico* (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 203–270, 245.

<sup>82</sup> *Sanchirico*, in: *Sanchirico* (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 203–270, 245.



aufschlussreichen Artikeln.<sup>83</sup> Er untersucht ein Spiel, das Lügen erlaubt, bei dem Lügen aber Kosten verursachen, die mit der Distanz der Nachricht von der Wahrheit zunehmen. Diese Zunahme ist nicht linear, sondern die Kosten steigen umso schneller, je weiter sich der Sender der Nachricht von der Wahrheit entfernt. Kleine Lügen sind im Vergleich zur Wahrheit also nur ein wenig teurer. Größere Lügen sind aber im Vergleich zu kleinen sehr viel teurer. *Kartik* macht im Ausgangspunkt zwei Beobachtungen: Einerseits verzerren die Parteien die Informationsübermittlung zu ihren Gunsten – so wie in den *Cheap-talk*-Modellen. Andererseits ist der Empfänger der Nachrichten wegen der Kosten des Lügens in der Lage, in der Übertreibung ein Signal zu erkennen, das ihm glaubhafte Informationen über den wirklichen Zustand der Welt liefert. Empfängt der Empfänger also eine positive Nachricht, fragt er sich, für was für eine Partei diese Lüge gerade noch bezahlbar wäre und schließt damit zutreffend auf die Wirklichkeit. Das gleicht einer feinfühligem Variante des strategischen Skeptizismus aus den Modellen des Grossman'schen Schließens. Die beiden von *Kartik* erkannten Prozesse wirken sich unterschiedlich aus, je nachdem, ob die Information, die übermittelt werden kann, auf einem begrenzten Kontinuum liegt oder auf einem unbegrenzten. Ein unbegrenztes Kontinuum läge etwa vor, wenn der Schaden noch so unbestimmt ist, dass jeder Betrag möglich erschiene. Begrenzt ist es, wenn man die Schadenshöhe noch nicht kennt, aber man schon weiß, dass der Schaden höchstens einen bestimmten Betrag erreicht hat. Betrifft die zu übermittelnde Information ein unbegrenztes Kontinuum, führen die von *Kartik* angenommenen Kosten des Lügens praktisch zu einer vollständigen Offenbarung der wirklichen Sachlage. Wenn dagegen in einem begrenzten Kontinuum alle denkbaren Parteien versuchen würden zu übertreiben, wird der „Platz“ zum Übertreiben in der Region am oberen Ende des Kontinuums, das für den Informanten vorteilhaft ist, klein. Man denke an die Partei mit der für sie vorteilhaftesten Information. Wie kann sie noch übertreiben und damit ihre Kosten des Lügens offenbaren? Daher kommt es im begrenzten Kontinuum zu fehlender Offenbarung der wirklichen Sachlage („*pooling*“) bei Parteien mit für sie sehr vorteilhafter Information, während Parteien mit nachteiliger Information diese vollständig offenbaren.

Meist wird der Richter wohl den Raum möglicher Szenarien für begrenzt halten. Insofern ist auch das Kontinuum, auf dem man diese Szenarien nach Vorteilhaftigkeit für die vortragende Partei anordnen kann, nicht unendlich. Mir scheint daher das Modell mit begrenztem Kontinuum der Information praktisch relevanter zu sein als das, das mit der Annahme eines unbegrenzten Kontinuums arbeitet. Man muss also akzeptieren, dass der Richter, indem er sich eine Vorstellung von den Kosten des Lügens macht und dann eine realis-

<sup>83</sup> *Kartik*, Review of Economic Studies 2009, 1359–1395; *Kartik/Ottaviani/Squintani*, Journal of Economic Theory 2007, 93–116.

tische Lüge abdiskontiert, allenfalls für die Partei sehr nachteilige Information detailliert ermitteln kann. Verschiedene Ausprägungen sehr vorteilhafter Information bleiben für ihn dagegen ununterscheidbar.

Ist es realistisch, von Richtern einen Schluss aus den Kosten des Lügens zu erwarten? Sicher nicht in dieser Detailschärfe. Aber das Modell von *Kartik* bildet bestimmte Aspekte der Beweiswürdigung gut ab. Ein Beweismittel ist dann besonders überzeugend, wenn es sehr schwer zu fälschen wäre. Man glaubt eher einer Partei, in deren Umfeld eine Lüge vor Gericht oder gar ein Prozessbetrug besondere soziale Ächtung nach sich zöge. Und das Modell weist erneut auf die Bedeutung hin, die Wissen um die Beweiskosten für die Würdigung der Beweise hat. Diese Information mag schwer zu beschaffen sein, aber wie auch *Sanchirico* richtig erkannt hat, kann man ohne Information über den Kostenunterschied der Beweiserbringung für wahrheitsgemäß und wahrheitswidrig vortragende Parteien die Beweise eigentlich gar nicht würdigen. Irgendeine Vorstellung über die Beweiskosten muss der Richter also haben.

Im Ergebnis ist also festzuhalten: In leicht verändertem Erscheinungsbild wirkt der strategische Skeptizismus auch unter der Möglichkeit des Lügens. Solange es schwieriger ist, wahrheitswidriges Vorbringen zu beweisen als wahrheitsgemäßes, kann der Richter, indem er den Parteien erkennbar die angesichts ihres Vortrags maximal erreichbare Lüge unterstellt und ihren Vortrag entsprechend abschwächt, jedenfalls näher an die Wahrheit gelangen. Der strategische Skeptizismus wird also, solange der Beweis der Wahrheit weniger Kosten verursacht als der Beweis der Unwahrheit, durch die Möglichkeit zu lügen nicht seiner Wirksamkeit beraubt.

## VI. Ergebnis

In diesem Kapitel wurden die beiden zentralen Informationserhebungsmechanismen des Beibringungsgrundsatzes vorgestellt, der Vereinigungsmechanismus und das Grossman'sche Schließen. Im Vereinigungsmechanismus legt der Richter seiner Entscheidung die Tatsachen zu Grunde, die beide Parteien zusammen insgesamt behaupten und beweisen. Dieser Mechanismus setzt notwendig voraus, dass – etwa durch ein Beweiserfordernis – die Möglichkeit zu lügen praktisch ausgeschlossen ist. Und er bricht schnell zusammen, wenn Kosten der Beweismittelvorlage dafür sorgen, dass nicht mehr beide Parteien zur selben Tatfrage beweisen können. Erst seine Ergänzung um Grossman'sches Schließen kann hier zumindest seine Funktion insoweit retten, als er gewährleistet, dass der Richter erkennt, welche Tatfragen überhaupt zur Lösung des Falles relevant sind.

Das Grossman'sche Schließen ist robuster als der Vereinigungsmechanismus, weil dieser Mechanismus nur erfordert, dass *eine* Partei zu einer Tatfrage Be-

weis erbringen kann. Aber Kosten der Beweismittelvorlage können auch das Schließen aus Schweigen mit Hilfe des Grossman'schen Schließens erheblich erschweren. Hier wirken sich Kosten der Informationserhebung schädlicher aus als bloße Kosten der Informationsweitergabe. Fixe Kosten der Informationsvorlage führen dazu, dass Parteien, die eher ihnen selbst schädliche Information besitzen, diese nicht mehr vorlegen, motivieren aber, solange die Kosten nicht zu hoch sind, Parteien, die für sie vorteilhafte Informationen haben, dazu, diese vorzulegen. Variable Kosten der Beweismittelvorlage geben eine zusätzliche Gelegenheit, am Aufklärungsaufwand, den eine Partei leistet, abzulesen, dass der reale Sachverhalt ihr günstig ist. Theoretisch können variable Kosten der Beweismittelvorlage daher die Sachverhaltsaufklärung erleichtern. Allerdings erscheint dieser Schluss sehr anspruchsvoll.

Wenn Grossman'sches Schließen etwa aufgrund hoher Kosten der Beweismittelvorlage zusammenbricht, dann verschwindet seine Wirkung nicht schlagartig, sondern der Richter erfährt graduell weniger, je höher die Kosten sind. Um abzuschätzen, inwieweit der Richter noch informiert wird, muss er in der Lage sein, das Ausmaß des *poolings* abzuschätzen.

Soweit Lügen möglich, aber teurer als der Bericht der Wahrheit sind, kann Grossman'sches Schließen noch zur Sachverhaltsaufklärung beitragen. Allerdings nimmt seine Wirksamkeit umso mehr ab, je kleiner der Kostenunterschied zwischen Lügen und dem Bericht der Wahrheit ist.

## § 8 Die rechtliche Zulässigkeit des strategischen Skeptizismus

Aber ist die hier vorgestellte Anwendung des strategischen Skeptizismus dem Richter unter Geltung des deutschen Rechts überhaupt erlaubt? Die Antwort ist ja und sie wird in diesem Kapitel begründet. Der strategische Skeptizismus ist sogar als zweiter Kernmechanismus des Beibringungsgrundsatzes elementarer Bestandteil desselben (Vgl. Ergebnis dieses Kapitels und auch sogleich § 9 II.).

Der Richter entscheidet gemäß § 286 I ZPO zwar nach „freier Überzeugung“. Solange er sich seine Überzeugung im Einklang mit Denk- und Erfahrungsgesetzen bildet, setzt ihm das Gesetz grundsätzlich keine Schranken, wie er seine Überzeugung bildet. Auch berücksichtigt der Richter gemäß § 286 I ZPO den „gesamten Inhalt[.] der Verhandlungen“ ebenso wie das „Ergebnis[.] einer etwaigen Beweisaufnahme“. Der Richter ist also ausdrücklich nicht darauf beschränkt, nur positiv vorgebrachte Beweise zu würdigen, sondern kann auch aus dem Verhalten der Parteien vor Gericht Schlüsse ziehen.<sup>1</sup> Mit der Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlung<sup>2</sup> sind nach ganz herrschender Meinung auch Schlüsse aus dem Schweigen der Parteien vereinbar.<sup>3</sup> Auch die Würdigung des Schweigens der nicht beweisbelasteten Partei wird, weil das Schweigen zum Inbegriff der Verhandlung gehört, ausdrücklich für möglich gehalten.<sup>4</sup>

Aber Zweifel daran, dass die Anwendung des strategischen Skeptizismus von der freien Beweismwürdigung umfasst ist, können sich aus seiner Ähnlichkeit zur Beweislastumkehr (§ 8 I), zur vorweggenommenen Beweismwürdigung (§ 8 II) und aus den Voraussetzungen der Beweisvereitelung (§ 8 III) ergeben. Auch wenn andere, zum Teil gesetzlich geregelte Aufklärungs- und Informationsrechte durch ihn obsolet würden, sollte das Zweifel an der Zulässigkeit seiner Nutzung begründen (§ 8 IV). Eindeutig unzulässig wäre die Anwendung des strategischen Skeptizismus, der verunmöglicht, dass eine Partei Schweigen zu ihren Gunsten nutzt, wenn ein Recht auf Schweigen im Zivilprozess bestün-

<sup>1</sup> *Kollhosser*, AcP 1965, 46–83, 59; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 136.

<sup>2</sup> MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 3 spricht insofern zutreffend von einer „freien Verhandlungswürdigung“.

<sup>3</sup> BGH NJW 1960, 821; *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 112; *Katzenmeier*, JZ 2002, 533–540, 535; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 7, 95; *Stein/Jonas-ZPO/Thole*, § 286 ZPO Rn. 13, 200.

<sup>4</sup> *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 112; *Katzenmeier*, JZ 2002, 533–540, 535; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 95.

de (vgl. § 8 V und auch schon vorn § 2 IV). Die Anwendung des strategischen Skeptizismus scheint auch in der Nähe zur im Zivilprozess grundsätzlich unzulässigen Amtsermittlung zu liegen (§ 8 VI). Wie im Folgenden gezeigt wird, greift jedoch keiner dieser Einwände gegen die Zulässigkeit der Nutzung des strategischen Skeptizismus durch.

### I. Grossman'sches Schließen ist keine Beweislastumkehr

Man könnte zunächst der Ansicht sein, die richterliche Anwendung von strategischem Skeptizismus sei schon deswegen rechtlich unzulässig, weil sie eine richterliche Umlegung der objektiven Beweislast im Einzelfall bedeute. Aber das trifft – fast offensichtlich – nicht zu. Die Beweislast greift erst, wenn nicht aufgeklärt wird. Nur für diesen Fall schreibt die Beweislast die gesetzliche Risikozuteilung fest.<sup>5</sup> Mit Hilfe des strategischen Skeptizismus wird der Fall aber aufgeklärt. Das ist unproblematisch der Fall, wenn die Partei vorträgt und beweist. Es gilt aber auch, wenn sie schweigt und der Richter dem Sachverhalt seine Annahme zu Grunde legt, dass die zurückgehaltene Information für die zurückhaltende Partei so nachteilig ist, wie es noch mit den übrigen Feststellungen vereinbar ist. Denn nur, wenn diese Annahme zutrifft, hat die Partei keinen Vorlageanreiz. Bei fehlender Vorlage weiß der Richter sicher, dass seine Annahme zutrifft. Der strategische Skeptizismus betrifft also die Beweislast gar nicht, sondern spielt sich davor, in der Würdigung ab. Die Würdigung aber ist frei.

### II. Grossman'sches Schließen ist keine vorweggenommene Beweiswürdigung

Der strategische Skeptizismus scheint vielleicht einer nach herrschender Meinung unzulässigen vorweggenommenen Beweiswürdigung<sup>6</sup> zu ähneln. Schließlich sieht es so aus, als bildete sich der Richter schon vor Erhebung der noch möglicherweise vorzulegenden Beweismittel, wenn auch nur „probehalter“ eine Überzeugung. Aber auch das ist unzutreffend. Erstens würdigt der Richter nicht unvorgelegte Beweismittel, sondern antizipiert, dass er Schweigen zu Lasten der schweigenden Partei würdigen werde. Der Richter bildet seine Überzeugung erst nach Abschluss der Beweisaufnahme. Erst wenn die Partei

<sup>5</sup> Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 714; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 103; AK-ZPO/Rießmann, Vor § 284 ZPO Rn. 15; Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 6.

<sup>6</sup> BGH NJW 1970, 946, 950 (Anastasia); BGH BeckRS 2011, 6097, Rn. 6, VersR 2011, 817; Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 12, unzulässig ist die „Vorwegnahme der Würdigung eines noch nicht erhobenen Beweismittels“.

bis dahin nicht vorgelegt hat, weiß er, dass sein Skeptizismus nicht nur eine Haltung, sondern eine gerechtfertigte sichere Überzeugung ist. Zweitens bleibt er für neue Beweismittelvorlagen und deren Würdigung vollständig offen. Es wird gerade nicht ein Beweismittel abgelehnt, weil das Gericht schon vom Gegenteil der zu beweisenden Tatsachenbehauptung überzeugt wäre,<sup>7</sup> sondern der strategische Skeptizismus lädt genau zur Vorlage weiterer Beweismittel ein. Der Hinweis, dass er weiteres Schweigen zu Lasten der informierten Partei würdigen werde, zeugt nicht von Voreingenommenheit, sondern legt der Partei die zu diesem Zeitpunkt noch für die Zukunft geplante Würdigungsstrategie offen, um ihr zu ermöglichen, sich darauf einzustellen und die Würdigung zu ihren Lasten durch Vorlage von Beweismitteln abzuwenden.

### III. Der strategische Skeptizismus dupliziert weder das Institut der Beweisvereitelung noch hängt er von dessen Voraussetzungen ab

Mit dem Institut der Beweisvereitelung könnte das Gesetz dem Richter die Anwendung eines strategischen Skeptizismus verwehren, soweit deren Voraussetzungen – insbesondere der Nachweis doppelten Verschuldens, bezüglich der Vereitelung des Beweises und bezüglich des Prozessbezugs, – nicht vorliegen. Das Recht könnte also die Fälle des Schließens aus Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei mit dem allgemeinen Institut der Beweisvereitelung unter Voraussetzungen stellen. Dann ergäbe sich im Umkehrschluss, dass das Schließen aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei keine freie Würdigung darstellt, sondern eine darüberhinausgehende, rechtfertigungsbedürftige Initiative des Richters bedeutet. Noch grundsätzlicher könnte gegen das Schließen aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei eingewandt werden, es dupliziere schlicht das Institut der Beweisvereitelung.

Es wird sich herausstellen, dass das Gesetz die Anwendung des strategischen Skeptizismus nicht unter die Voraussetzungen der Beweisvereitelung stellt. Ebenso wenig bedeutet die Anwendung des strategischen Skeptizismus eine Duplizierung der Beweisvereitelung. Um beides nachzuweisen, muss das Rechtsinstitut der Beweisvereitelung knapp vorgestellt werden (dazu unter § 8 III.1.). Sodann wird die Beweisvereitelung von der Anwendung des strategischen Skeptizismus abgegrenzt (§ 8 III.2.), so dass sich ergibt, dass die Anwendung von strategischem Skeptizismus nicht unter den Voraussetzungen der Beweisvereitelung steht.

---

<sup>7</sup> Was ein Standardfall der vorweggenommenen Beweiswürdigung wäre, vgl. BGH NJW 1970, 946, 950 (Anastasia).

### 1. Das Institut der Beweisvereitelung

Die Beweisvereitelung ist ein Tun oder Unterlassen, durch das eine Partei dem subjektiv beweisbelasteten Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht.<sup>8</sup> Einige Fälle der Beweisvereitelung sind im Recht des Urkundsbeweises<sup>9</sup> und im Recht der Parteivernehmung<sup>10</sup> ausdrücklich geregelt. Diese Regelungen sind jedoch nach einhelliger Meinung nicht abschließend.<sup>11</sup> Vielmehr gilt unbestritten ein über die ausdrücklich geregelten Fälle hinausgehendes Rechtsinstitut der allgemeinen Beweisvereitelung.<sup>12</sup> Auch die Tatbestandsvoraussetzungen der Beweisvereitelung sind im Grunde unbestritten. Sie sind aber zum Teil wenig konkret, so dass ihre Anwendung auf den Einzelfall schwer vorhersehbar sein kann. Heftig umstritten sind der Rechtsgrund und vor allem die Rechtsfolge der Beweisvereitelung.

Die Beweisvereitelung setzt objektiv zunächst ein Verhalten, das heißt ein Tun oder ein Unterlassen,<sup>13</sup> der *nicht* beweisführungsbelasteten Partei voraus.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> BGH NJW 2004, 222; BGH NJW 2009, 360, 361; *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 289; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 2; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135; *Thole*, JR 2011, 327–334, 327; Stein/Jonas-ZPO/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 199.

<sup>9</sup> § 371 III ZPO, Vereitelung der Inaugenscheinnahme eines Gegenstands im Besitz der nicht beweisbelasteten Partei; § 427 ZPO, Nichtvorlage der Urkunde nach Anordnung der Vorlage; § 444 ZPO, Entziehung einer Urkunde, die alle sagen, dass die gegnerischen Behauptungen „als bewiesen angenommen/angesehen werden“ können. Ferner § 441 III ZPO, der für die angeordnete, aber verweigerte Vorlage von Unterlagen zum Schriftvergleich anordnet, „so kann die Urkunde als echt angesehen werden“.

<sup>10</sup> BGH NJW 1986, 59, 60; § 446 ZPO, Verweigerung der Parteivernehmung; § 453 II ZPO, Verweigerung von Parteivernehmung oder Eid; für beide Fälle ordnet § 446 ZPO an, das Gericht solle „nach freier Überzeugung [...] entscheiden, ob es die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen will“.

<sup>11</sup> BGH NJW 1986, 59, 60; BGH NJW 2006, 434, 436; *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 288 f.; *Thole*, JR 2011, 327–334, 327; Stein/Jonas-ZPO/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 201.

<sup>12</sup> BGH NJW 1986, 59, 60; BGH NJW 2006, 434, 436. Das Rechtsinstitut ist allgemein anerkannt, obwohl seine Rechtsgrundlage umstritten ist. BGH NJW 2002, 825, 827; *Musielak/Voit/Foerste*, § 286 ZPO Rn. 62; *Zöller/Greger*, § 286 ZPO Rn. 14b; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 1 f.; 10 ff.; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 93; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 167; *Saenger-ZPO/Saenger*, § 286 ZPO Rn. 95; *Schultz*, NJW 2017, 16–21, 19 verankern es in den ausdrücklich geregelten Fällen. Nach anderer Ansicht folgt die allgemeine Beweisvereitelung aus Treu und Glauben (BGH NJW 1986, 59, 60; BGH NJW 2006, 434, 436; *Arens*, ZZP 1983, 1–24, 24; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135; *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 78; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 116, Rn. 18; *Thole*, JR 2011, 327–334, 332) oder aus Gewohnheitsrecht (*Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 292; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135).

<sup>13</sup> BGH NJW 1986, 59, 60; BGH NJW 2004, 222.

<sup>14</sup> BGH NJW 1986, 59, 60; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 99; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 3 f.; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 85.

Ferner muss die Sachverhaltsaufklärung im Prozess unmöglich<sup>15</sup> oder zumindest erheblich erschwert<sup>16</sup> sein. Zwischen dem Verhalten der nicht beweisführungsbelasteten Partei und der vereitelten oder erschwerten Aufklärbarkeit muss Kausalität bestehen.<sup>17</sup> Diese soll fehlen, wenn etwa schon das Schadensereignis selbst das Beweismittel vernichtet hat und dessen schuldhaftes Herbeiführung gerade streitig ist.<sup>18</sup> Sie fehlt aber auch, wenn das Beweismittel seinen Weg auch ohne das Verhalten der nicht beweisführungsbelasteten Partei nicht in den Prozess gefunden hätte. Insbesondere kann daher die Kausalität nur bejaht werden, wenn entweder die beweisführungsbelastete Partei das vernichtete Beweismittel selbst in den Prozess einführen könnte, oder wenn die *nicht* beweisführungsbelastete Partei das Beweismittel hätte vorlegen müssen<sup>19</sup> oder vorlegen wollen. Eine eigenständige Beweiserhaltungspflicht im Vorfeld des Prozesses soll dagegen nicht Voraussetzung der Beweisvereitelung sein.<sup>20</sup> Auch ein über die Kausalität für die Beweiserschwerung hinausgehender finaler Bezug der Vereitelungshandlung zum Prozess wird nicht verlangt.<sup>21</sup>

Auf der subjektiven Tatbestandsseite setzt die Beweisvereitelung ein doppeltes Verschulden voraus, das sich einerseits auf das Verhalten bezieht und andererseits auf die Beweisfunktion des betroffenen Beweismittels im Prozess.<sup>22</sup> Dabei genügt für beide Schuldvorwürfe einfache Fahrlässigkeit.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> BGH NJW 1986, 59, 60; BGH NJW 2006, 434, 436; BGH NJW 2009, 360, 361; *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 292; *Zöller/Greger*, § 286 ZPO Rn. 14b; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen*, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 26; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 85.

<sup>16</sup> BGH NJW 2006, 434, 436; BGH NJW 2009, 360, 361; *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 292; *Zöller/Greger*, § 286 ZPO Rn. 14b; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 85.

<sup>17</sup> *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 292; *Zöller/Greger*, § 286 ZPO Rn. 14b; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen*, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 24; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 85; *Thole*, JR 2011, 327–334, 327.

<sup>18</sup> *Stein/Jonas-ZPO/Thole*, § 286 ZPO Rn. 208; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135.

<sup>19</sup> *Arens*, ZZZ 1983, 1–24, 23; *Osterlob-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 83; *Thole*, JR 2011, 327–334, 329. A. A. BGH NJW 1963, 389, 390; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135.

<sup>20</sup> *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 290; *Osterlob-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 73–74.; eher kritisch *Stein/Jonas-ZPO/Thole*, § 286 ZPO Rn. 206–207. Noch weitergehend *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135.

<sup>21</sup> *Osterlob-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 72.

<sup>22</sup> BGH NJW 2004, 222; BGH NJW 2006, 434, 436; BGH NJW 2008, 982, 985; BGH NJW 2009, 360, 361 f.; *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 293; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen*, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 29; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 86; *Saenger-ZPO/Saenger*, § 286 ZPO Rn. 95; *Thole*, JR 2011, 327–334, 327.

<sup>23</sup> BGH NJW 1986, 59, 60; BGH NJW 2004, 222; BGH NJW 2006, 434, 436; *Lepa*, NZV 1992, 129–136, 135; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 86; *Thole*, JR 2011, 327–334, 327.



Schließlich ist zu prüfen, ob das Verhalten der nicht beweisführungsbelasteten Partei durch billigenwerte Gründe gerechtfertigt erscheint. Nur wenn das nicht der Fall ist, soll die Rechtsfolge ausgelöst werden.<sup>24</sup>

Die Rechtsfolge der Beweisvereitelung ist umstritten.<sup>25</sup> Die wohl noch herrschende Lehre versteht die Beweisvereitelung als Beweiswürdigung.<sup>26</sup> Ein Teil dieser Lehre präzisiert, dass die Beweiswürdigung, die im Rahmen der Beweisvereitelung angestellt wird, als Anscheinsbeweis vorgenommen werde: Es bestehe ein Erfahrungssatz, dass Parteien schuldhaft meist ihnen ungünstige Beweise vereiteln.<sup>27</sup> Diese Lehre – sei sie ausdrücklich auf den Erfahrungssatz gestützt oder nicht – überzeugt allenfalls für die vorsätzliche, keinesfalls aber für die bloß fahrlässige Beweisvereitelung.<sup>28</sup> Sie kann daher das Rechtsinstitut der Beweisvereitelung nicht in Gänze erklären und ist daher abzulehnen.

Eine andere, vor allem in der Rechtsprechung verbreitete Ansicht meint, aus der Beweisvereitelung folgten „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“.<sup>29</sup> Bei der Entscheidung, welche Beweiserleichterung anzuwenden ist, seien alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen.<sup>30</sup> Diese Ansicht ist flexibel,<sup>31</sup> aber dogmatisch wenig überzeugend. Die Beweislast ist im Gesetz abstrakt-generell festgelegt, während die Beweisvereitelung allein den Einzelfall betrifft, der keinen Einfluss auf die abstrakt-generelle Regelung haben kann.<sup>32</sup> Problematisch erscheint auch, dass die Beweisvereitelung zwischen den Parteien sich nach dieser Ansicht erst im Laufe des Prozesses herausstellen kann.<sup>33</sup> Die extre-

<sup>24</sup> Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 294; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 102; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 32; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 210 bei Fn. 547.

<sup>25</sup> Gottwald, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 312; Schultz, NJW 2017, 16–21, 17; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 202–205.

<sup>26</sup> Lepa, NZV 1992, 129–136, 136; vgl. weitere Nachweise bei Thole, JR 2011, 327–334, 328, der diese Ansicht selbst nicht vertritt.

<sup>27</sup> Arens, ZZP 1983, 1–24, 24, der aber auch den Sanktionsgedanken hinzuziehen will; vgl. zu weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung auch Osterlob-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 73, Fn. 343; knapp auch Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, 46.

<sup>28</sup> Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 35; Osterlob-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 76; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 89; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 166; Thole, JR 2011, 327–334, 331–332; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 204.

<sup>29</sup> BGH NJW 1986, 59, 61; BGH NJW 2004, 222; BGH NJW 2006, 434, 436; BGH NJW 2008, 982, 985; BGH NJW 2009, 360, 362; BGH DNotZ, 108, 118.

<sup>30</sup> BGH NJW 2009, 360, 362.

<sup>31</sup> Arens, ZZP 1983, 1–24, 24; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 205.

<sup>32</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 103.

<sup>33</sup> Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 300; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 88; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 203.

me Folge der Beweislastumkehr würde die ursprünglich beweisbelastete Partei besser stellen, als sie ohne Beweisvereitelung stünde: Statt wie bei einem gelungenen Beweis nur die subjektive Beweislast wechseln zu lassen, wird gleich die objektive Beweislast umgekehrt; dem Gegner wird, statt wie durch den gelungenen Beweis nur der Gegenbeweis, ohne weiteres gleich der ganze Hauptbeweis aufgebürdet.<sup>34</sup> Andererseits schüfe die Beweislastumkehr bei einem vereitelten Gegenbeweis gerade keine Abhilfe, denn da trüge die vereitelnde Partei die Beweislast ja schon.<sup>35</sup> Auch diese Ansicht überzeugt daher nicht.

Eine im Vordringen befindliche Literaturmeinung will dagegen den Beweis gegen die vereitelnde Partei nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung als Sanktion als geführt ansehen, so dass die subjektive Beweislast durch Anwendung einer aus der Beweisvereitelung folgenden Fiktion wechselt.<sup>36</sup> Diese Ansicht überzeugt. Sie gibt der durch die Beweisvereitelung beeinträchtigten Partei genau das, was sie durch den vereitelten Beweis maximal erreichen konnte, nämlich einen gelungenen Beweis, und der Sanktionsgedanke buchstabierte offen aus, dass die Beweisvereitelung die Beweismittelerhaltung befördern soll.

<sup>34</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 103; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 203 vor allem für Fälle fahrlässiger Beweisvereitelung.

<sup>35</sup> Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 167; Osterlob-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 81.

<sup>36</sup> Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 301; Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 14b; deutlich Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 103–104; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 94–95; Thole, JR 2011, 327–334, 333; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 204–205. Diese Lösung ist nicht mit Stürners „Fiktionswirkung“ zu verwechseln (so aber vielleicht missverständlich Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 301; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 94), denn bei der Verletzung des Stürner'schen Aufklärungsanspruchs wird das „Aufklärungsergebnis“ zu Ungunsten der auskunftsfälligen Partei fingiert (Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 242 ff., 249: „Die Regelfolge der Pflichtverletzung ist eine Fiktion, welche das der risikobelasteten Partei günstige Aufklärungsergebnis unterstellt. Die Fiktion kann durch anderweitige Aufklärung widerlegt werden, die aber volle und sichere Überzeugung des Gerichts von der Unwahrheit der Behauptung begründen muß.“). Diese Fiktion ist inhaltsgleich mit einer echten Umkehr der objektiven Beweislast. Bei Stürner kann sich die auskunftsfällige Partei nur durch einen eigenen Hauptbeweis retten. Die Fiktion des Hauptbeweises der beweisbelasteten Partei geht dagegen ein in eine (hypothetische) Beweiswürdigung des Richters, in die der Richter das „bestmögliche Ergebnis des vereitelten Beweismittels“ einstellt (so Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 14b). Die Überzeugung, die der Richter sich so bildet, kann mit einem bloßen Gegenbeweis der vereitelnden Partei erschüttert werden. Wie hier Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 14b; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 103; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 46; Thole, JR 2011, 327–334, 333. Bei dieser eigentlich stimmigen Konstruktion bleibt allein problematisch, dass, weil bei der hypothetischen Beweiswürdigung unklar bleibt, welche subjektive Wahrscheinlichkeit die Überzeugung des Richters letztlich erreicht, ebenfalls unklar bleibt, wie stark der Gegenbeweis sein muss, um diese Überzeugung zu erschüttern, indem er sie unter das gesetzliche Beweismaß absenkt.

## 2. Die Abgrenzung von Beweisvereitelung und Anwendung des strategischen Skeptizismus

Bei oberflächlicher Betrachtung ist man geneigt, die Anwendung strategischen Skeptizismus und die Beweisvereitelung für ununterscheidbar zu halten. In beiden Fällen lässt das Gericht in einer Situation, in der die nicht beweisbelastete Partei ein Beweisstück aus dem Prozess heraushält, die subjektive Beweislast wechseln. Geht man die Fallbeispiele für Beweisvereitelungen in Kommentaren und Handbüchern durch, kann sich dieser Eindruck erhärten. Neben den bekannten Fällen der Beseitigung von Beweismitteln – etwa ausgebauten Autoteilen oder Relikten aus fehlerhaften Operationen im Vorfeld des Prozesses – listet die Kommentarliteratur auch Fälle auf, denen einfache Zurückhaltungen von Beweismitteln durch die nicht beweisbelastete Partei zu Grunde zu liegen scheinen: die ungerechtfertigte<sup>37</sup> Verweigerung einer Entbindung bekannter Zeugen von der Schweigepflicht,<sup>38</sup> die Weigerung des beklagten Arztes, ein Röntgenbild vorzulegen,<sup>39</sup> die Weigerung der Namhaftmachung eines allein der nicht beweisführungsbelasteten Partei bekannten Zeugen,<sup>40</sup> die Verweigerung der Rückgabe beweisheblicher Unterlagen,<sup>41</sup> die Zurückhaltung beweisheblicher Urkunden<sup>42</sup> oder schlicht die Nichtvorlage von Akten.<sup>43</sup> Sind das nicht die typischen Fälle der einfachen Beweismittelzurückhaltung durch die nicht beweisbelastete Partei, die angeblich das Aufklärungsproblem des deutschen Zivilprozesses begründen und durch Grossman'sches Schließen lösbar sein sollen? Wenn durch die Beweisvereitelung die subjektive Beweislast schon wechselt, wenn schlicht die nicht beweisbelastete Partei ein ihr verfügbares Beweismittel nicht vorlegt, bedarf es weder eines Aufklärungsanspruchs,<sup>44</sup> noch besteht das

<sup>37</sup> Zu Rechtfertigungen Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 210 bei Fn. 247.

<sup>38</sup> Musielak/Voit/Foerste, § 286 ZPO Rn. 66; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 8; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 84; Saenger-ZPO/Saenger, § 286 ZPO Rn. 98; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 210.

<sup>39</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 101 mit Verweis auf BGH NJW 1963, 389; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 84; Saenger-ZPO/Saenger, § 286 ZPO Rn. 98.

<sup>40</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 101 mit Verweis auf BGH NJW 2008, 982, 984; Gomille, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 75–76 mit Verweis auf BGH NJW 1960, 821; Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 14b ebenfalls mit Verweis auf BGH NJW 2008, 982, 984; Musielak/Voit/Foerste, § 286 ZPO Rn. 66; Paulus, AcP 1997, 136–160, 138; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 84; Saenger-ZPO/Saenger, § 286 ZPO Rn. 98.

<sup>41</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 101 mit Verweis auf BGH NJW 2002, 825.

<sup>42</sup> Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 14b mit Verweis auf LG Köln MDR 1968, 674.

<sup>43</sup> Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 209.

<sup>44</sup> Diesen untersuchen nach Feststellung eines Aufklärungsproblems im deutschen Zivilprozess, das Schlosser, JZ 1991, 599–608 prominent hervorgehoben hat, Gottwald, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Verhandlungen des Einundsechzigsten Deutschen Juristentages, 8–109; Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess; Osterloh-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch; Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses.

Bedürfnis nach einer Lösung des – dann allenfalls scheinbar bestehenden – Informationsproblems mit Hilfe einer an der Wahrheitspflicht orientierten Ausweitung der Substantiierungsanforderungen.<sup>45</sup> Und auch die Anwendung des strategischen Skeptizismus wäre gänzlich überflüssig.

Die in den Kommentaren und Handbüchern zitierten Fälle geben tatsächlich Anlass zur Sorge, jede verweigerte Beweismittelvorlage der nicht beweisbelasteten Partei könne eine Beweisvereitelung darstellen. Allein BGH NJW 2002, 825, 827 stellt entscheidend darauf ab, dass der beweisbelastete Kläger gegen den die Urkunden zurückhaltenden Steuerberater einen vertraglichen Anspruch auf Rückgabe der betreffenden Urkunden hatte, so dass es nicht um eine reine Würdigung der Nichtvorlage von Unterlagen der nicht beweisbelasteten Partei ging. Andere Urteile setzen teils ausdrücklich, teils stillschweigend keine Pflicht der nicht beweisbelasteten Partei zur Beweismittelvorlage voraus. BGH NJW 1963, 389, 390 erkennt an, dass prinzipiell eine beweislastumkehrende Beweisvereitelung darin liegen könne, dass ein Arzt, den keine Pflicht zur Herausgabe von Röntgenaufnahme an die Patientin traf, die Bilder bei einem Praxisumbau, der dem Rechtsstreit wohl vorausging, entsorgt hat.<sup>46</sup> BGH NJW 1960, 821 hält es für möglich, die Weigerung der nicht beweisbelasteten Partei, die ihr bekannte Anschrift eines Unfallzeugen preiszugeben, unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung zu behandeln. Auch BGH NJW 2008, 982 hält es grundsätzlich für möglich, dass die nicht ausreichend begründete Weigerung der nicht beweisbelasteten Partei, die ladungsfähige Anschrift eines ihr bekannten Zeugen preiszugeben, als Beweisvereitelung zu Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr führt.

Solche Urteile, die auf die schlichte Nichtvorlage von Beweismitteln durch die nicht beweisbelastete Partei die Grundsätze der Beweisvereitelung anwenden, überzeugen nicht. Die Beweisvereitelung setzt ein Handeln oder Unterlassen voraus. Ein Unterlassen, wie die Weigerung, am Beweis des Gegners mitzuwirken, ist nach allgemeinen Grundsätzen nur dann überhaupt einer Handlung gleichzustellen, wenn eine Handlungspflicht besteht. Ein handlungsgleiches Unterlassen ist *Voraussetzung* der Beweisvereitelung und kann daher nicht aus der Beweisvereitelung gefolgert werden. Die Handlungspflicht muss sich also unabhängig von der Beweisvereitelung ergeben. Solange die subjektiv nicht beweisbelastete Partei nicht generell und voraussetzungslos, etwa durch einen allgemeinen Aufklärungsanspruch, zur Unterstützung der beweisführungsbelasteten Partei verpflichtet ist, lässt sich eine Handlungspflicht oder -last nicht

---

<sup>45</sup> Das ist die von *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht vorgeschlagene Lösung.

<sup>46</sup> Das Tatgericht hatte allerdings aufgrund der zeitlichen Abfolge von behaupteter Fraktur und Röntgenaufnahme ausgeschlossen, dass die Bilder Aufschluss über die umstrittene Kausalitätsfrage liefern könnten, so dass es an der Kausalität zwischen Entsorgung und missglücktem Beweis fehlte, weshalb es auf die Beweisvereitelung letztlich nicht ankam.

begründen und erfordert die Feststellung einer Mitwirkungspflicht im Einzelfall. Grundsätzlich ist die bloße Nichtvorlage von Beweismitteln oder auch die Weigerung, eine Zeugin zu benennen, daher keine Beweisvereitelung.<sup>47</sup>

Die Begründung einer Beweisvereitelung durch bloße Nichtvorlage von Beweismitteln ist paradox. Voraussetzung der Anwendung der Beweisvereitelung ist, dass die Vereitelungshandlung durch die nicht beweisführungsbelastete Partei vorgenommen wird.<sup>48</sup> Nicht beweisführungsbelastet zu sein bedeutet aber, dass man nicht allein durch das Absehen von der Vorlage weiterer Beweismittel den Prozess verlieren kann.<sup>49</sup> Als *Rechtsfolge* beseitigt die Beweisvereitelung diesen Vorteil der nicht beweisführungsbelasteten Partei und bürdet ihr die Beweisführungslast auf. Wenn diese Rechtsfolge allein an die vorsätzliche Nichtvorlage von Beweismitteln geknüpft wird, scheint es, als wäre diese Partei doch auch schon vor Anwendung der Beweisvereitelung beweisführungsbelastet gewesen: Sie verliert den Prozess unmittelbar durch die Nichtvorlage weiterer Beweismittel. Dann aber konnte man die Beweisvereitelung, die nur auf Handlungen nicht beweisführungsbelasteter Parteien anwendbar ist, wohl doch nicht anwenden.

Diese Paradoxie ließe sich vielleicht auch bei der für eine Beweisvereitelung vorausgesetzten Kausalität zwischen Vereitelungshandlung und Beweisnot der beweisführungsbelasteten Partei verorten. Das Fehlen einer Mitwirkungspflicht oder -last bedeutet in der Regel, dass der vorenthaltene Gegenstand nicht durch die beweisführungsbelastete Partei allein in den Prozess hätte eingeführt werden können, so dass das Verhalten der nicht beweisführungsbelasteten Partei in Bezug auf diesen Gegenstand ohne Einfluss auf die Beweisnot der beweisführungsbelasteten Partei ist. Daher fehlt die Kausalität. Wenn man die Kausalität in den Fällen der verweigerten Mitwirkung dennoch ohne Prüfung einer Mitwirkungspflicht annimmt und die Beweisvereitelung anwendet, kann das Gericht das nur, weil es stillschweigend eine – sogar allgemeine – Mitwirkungspflicht voraussetzt. Eine solche Mitwirkungspflicht erkennt die Rechtsprechung aber selbst nicht an.<sup>50</sup>

Schließlich beseitigt die Anwendung des Grossman'schen Schließens auf die Fälle der einfachen Nichtvorlage von Beweismitteln durch die nicht beweisführungsbelastete Partei die Anwendungsvoraussetzungen der Beweisvereitelung. Der Richter klärt mit Hilfe seines strategischen Skeptizismus solche Fälle auf,

<sup>47</sup> Im Ergebnis ebenso *Osterlob-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 79.

<sup>48</sup> Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 99; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 3f.

<sup>49</sup> Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 9: Grundbegriffe der Beweislast Rn. 32; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 101; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 116, Rn. 3–6.

<sup>50</sup> BGH NJW 2013, 2015, 2017 (Rn. 33); BGH NJW 2007, 155, 156; BGH NJW 2000, 1108, 1109; BGH NJW 1997, 128, 129; BGH NJW 1990, 3151.

in denen er weiß, dass die nicht beweisführungsbelastete Partei ein Beweismittel vorlegen oder einen Beweis ermöglichen könnte. Eine Erschwerung oder gar Verunmöglichung des Beweises, wie ihn die Beweisvereitelung voraussetzt, gibt es dann nicht mehr. Der strategische Skeptizismus kann in Fällen der reinen Weigerung der Beweismittelvorlage grundsätzlich ein sinnvolles Erkenntnisinstrument sein. Die Voraussetzungen der Beweisvereitelung sind dagegen normalerweise in Fällen, in denen die nicht beweisführungsbelastete Partei schlicht die Mitwirkung am Beweis verweigert, nicht erfüllt.

Die Rechtsprechung setzt ihre Anwendung der Beweisvereitelung zuweilen – im Einklang mit der noch herrschenden Literaturmeinung – mit der freien Beweiswürdigung gleich.<sup>51</sup> Das hieße in den Fällen der vorsätzlichen Nichtvorlage von Beweismitteln durch die nicht beweisbelastete Partei, dass die Gerichte in Anwendung der Beweisvereitelung aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei zu deren Lasten Schlüsse ziehen. Es scheint, als täten die Gerichte just, was die vorliegende Arbeit vorschlägt.

Diese Deutung ist allerdings unzutreffend. Die Gerichte subsumieren in Anwendung der Beweisvereitelung unter ein Rechtsinstitut, und die Voraussetzungen des Rechtsinstituts können einen zutreffenden Schluss aus Schweigen nicht gewährleisten. Die Voraussetzungen der Beweisvereitelung vermischen normative und epistemische Erwägungen. Die normativen Erwägungen sind für die Rechtfertigung der Sanktion unerlässlich. Sie machen die Beweisvereitelung aber epistemisch unergiebig. Die Beweisvereitelung erfordert Verschulden, was für den Schluss aus Schweigen allenfalls insoweit von Interesse ist, als dass gesichert sein muss, dass die nicht beweisbelastete Partei prinzipiell final handelt. Auch die normativen Erwägungen der Zumutbarkeit oder der rechtfertigenden Gründe sind epistemisch unergiebig. Der epistemisch korrekte Schluss aus Schweigen erfordert, dass der Richter erkennbar strategisch skeptisch ist und ferner überzeugt ist, dass das Beweismittel tatsächlich günstig vorgelegt werden *kann* (und nicht soll). Diese Voraussetzungen des zutreffenden Schließens aus Schweigen sind nicht wertend.

Wie die normativen Erwägungen Erkenntnisse vereiteln können, lässt sich an BGH NJW 2008, 982 treffend illustrieren. Die Beweisfrage war, ob eine Dame, mit der die Dienste einer Partnervermittlung in einer Annonce beworben wurden, selbst Kundin der Partnervermittlung war, so dass man durch die Inanspruchnahme der Dienste der Partnervermittlung ihre Bekanntschaft hätte machen können. Denn den Kläger hatte gerade die Aussicht, die betreffende Dame kennen zu lernen, bewogen, die Dienste der beklagten Partnervermittlung in Anspruch zu nehmen. Hier prüfte der BGH sorgfältig, ob die angebliche Kundin als Zeugin vernommen werden durfte und ob der Partnervermittlung die Preisgabe ihrer ladungsfähigen Anschrift unter Wertungs-

---

<sup>51</sup> Deutlich etwa BGH NJW 1960, 821.

gesichtspunkten zumutbar war, was er letzten Endes bejahte. Diese Fragen sind erheblich für die Frage, ob es legitim ist, auf die Weigerung der Partnervermittlung mit einer Sanktion zu reagieren. Aber sie sind völlig unerheblich für die Frage, ob man aus der Weigerung zutreffend schließen kann, dass die Dame entgegen der Darstellung der Beklagten nicht ihre Kundin war. Das normative Urteil des Gerichts über die Zumutbarkeit vermittelt keinen Aufschluss über die rein tatsächliche Frage, ob die Partnervermittlung die Anschrift der Zeugin – sei es wegen der befürchteten Forderungen der Zeugin bei Aufhebung der ihr vertraglich zugesicherten Anonymität, sei es wegen dem Verlust der in der Partnervermittlung offenbar wichtigen Reputation absoluter Diskretion – vielleicht selbst um den Preis des Prozessverlusts (es ging um 7900 Euro plus Kosten) verschweigen wollte. Allein darauf kommt es aber beim Schluss aus dem Schweigen der Beklagten entscheidend an. Wollte die Beklagte unabhängig vom erwarteten Inhalt der Zeugenaussage die Anschrift in jedem Fall geheim halten, so besteht zwischen Inhalt der Aussage und Weigerung kein Zusammenhang. Unter diesen Umständen ist also – rechtliche Zumutbarkeit hin oder her – aus dem Schweigen der Beklagten nichts zu schließen. Die Beweisvereitelung gewährleistet daher selbst bei der „Vorsatzvereitelung“ keineswegs zutreffende Schlüsse aus Schweigen. Sie bewirkt auch bei der Vorsatzvereitelung die Anordnung einer Sanktion und nicht die Aufklärung des Sachverhalts. Um den Sachverhalt zutreffend aufzuklären, müssen nicht normative Fragen beantwortet werden, sondern deskriptive. Hier die Frage: Wie teuer ist die Sachverhaltsaufklärung für die nicht beweisbelastete Partei im Vergleich zum Prozessverlust? Hieraus ergibt sich auch, dass die noch herrschende Literaturmeinung aus einem weiteren Grund unzutreffend erscheint: Nicht nur die fahrlässige Beweisvereitelung lässt sich nicht als Beweiswürdigung darstellen; es ist auch nicht zu begründen, wie die Voraussetzungen der Beweisvereitelung in Fällen *vorsätzlicher* Beweisvereitelung zuverlässige Schlüsse aus Schweigen gewährleisten würden. Auch die vorsätzliche Beweisvereitelung stellt daher keine Beweiswürdigung dar.

Schließlich sind die unklaren Voraussetzungen der Beweisvereitelung ein Problem für ihre Deutung als Würdigung des Schweigens. Aus der Beschreibung der Funktionsweise des Grossman'schen Schließens ist eines deutlich hervorgetreten: Der Richter kann nur dann aus Schweigen schließen, wenn er Gründe hat zu glauben, dass die nicht beweisbelastete Partei davon ausgegangen ist, dass er ihr Schweigen zu ihren Lasten würdigen werde. Es ist die Haltung des Richters, die den Vorlageanreiz schafft, der das Schweigen erst informativ macht. Die Beweisvereitelung, die voraussetzt, dass die nicht beweisbelastete Partei ihrem Gegner den Beweis „schuldhaft“ erschwert, ohne dass abstrakt-generell ausbuchstabiert würde, gegen welche Pflicht die nicht beweisbelastete Partei eigentlich verstoßen muss, ist alles andere als vorhersehbar. Das verhindert zuverlässige Schlüsse aus Schweigen unter ihren Voraussetzungen.

Damit wird die Unterscheidung zwischen der Anwendung des strategischen Skeptizismus und der Beweisvereitelung deutlich. Die Anwendung des strategischen Skeptizismus klärt den Sachverhalt auf, indem sie dem Schweigen einen Informationswert verleiht. Nach Anwendung des strategischen Skeptizismus legt der Richter die betreffende Tatsachenbehauptung zu Grunde, weil er von ihrer Wahrheit im Rechtssinne überzeugt ist. Die Anwendung des strategischen Skeptizismus ist nicht rechtfertigungsbedürftig. Sie bewirkt den Wechsel der subjektiven Beweislast über den allgemein vorgesehenen Weg: Wenn der Richter überzeugt ist, wechselt die subjektive Beweislast. Der strategische Skeptizismus ist eine Technik der Beweiswürdigung, deren Ausübung als ureigene richterliche Aufgabe nicht eigens gerechtfertigt werden muss.

Die Beweisvereitelung setzt dagegen eine Sanktion für ein missbilligtes Verhalten. Sie klärt im Gegensatz zum strategischen Skeptizismus nicht auf. Nach ihrer Anwendung legt der Richter eine bestimmte Tatsachenbehauptung zu Grunde, weil er – nach der auch hier vertretenen, im Vordringen begriffenen Ansicht – seine Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung sanktionsweise fingiert.<sup>52</sup> Tatsächlich ist er von der Tatsache, die er dem Sachverhalt zu Grunde legt, nicht überzeugt. Die Beweisvereitelung wird also angewendet, wenn Sachverhaltsaufklärung nicht mehr erreichbar ist.<sup>53</sup> Sie fördert die Wahrheitsfindung allenfalls indirekt dadurch, dass sie einen Anreiz setzt, Verhaltensweisen, die die Wahrheitsfindung im Prozess erschweren, zu unterlassen. Die Beweisvereitelung ist rechtfertigungsbedürftig, weil sie an ein missbilligtes Verhalten eine für den Handelnden nachteilige Sanktion knüpft. Gerade die Beweisvereitelung durch Unterlassen ist nicht selbständig, denn die für ihre Rechtsfolge vorausgesetzte Gleichstellung des Unterlassens mit einer Handlung verlangt eine Handlungspflicht, die unabhängig von der Beweisvereitelung zu begründen ist.

### *3. Ergebnis: Die Anwendung des strategischen Skeptizismus steht nicht unter den Voraussetzungen der Beweisvereitelung*

Die Anwendung des strategischen Skeptizismus durch den Richter steht im Ergebnis nicht unter den Voraussetzungen der Beweisvereitelung. Die Beweiswürdigungstechnik steht mit dem Rechtsinstitut nicht in Konkurrenz. Ihre Anwendungsbereiche sind ebenso unterschiedlich wie ihre Funktionen. Während die Beweiswürdigung, welche durch die Anwendung des strategischen Skeptizis-

<sup>52</sup> Würde er nach der Rechtsprechung die objektive Beweislast umkehren, wäre er ebenfalls nicht überzeugt. Würde er nach der Rechtsprechung Beweiserleichterungen anwenden, wäre er zumindest nicht nach den unmodifizierten gesetzlichen Kriterien überzeugt.

<sup>53</sup> Vgl. *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 289; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen*, Kapitel 16: Die Beweisvereitelung Rn. 2.



mus strukturiert wird, als ureigene Aufgabe des Richters keiner Rechtfertigung bedarf, knüpft die Beweisvereitelung an ein Verhalten eine Sanktion und ist damit durch normative Erwägungen rechtfertigungsbedürftig. Die Anwendung des strategischen Skeptizismus verleiht dem Schweigen der nicht informierten Partei einen Informationsgehalt. Die Beweisvereitelung bezweckt dagegen den präventiven Schutz der Wirksamkeit von Mitwirkungspflichten oder -lasten im Prozess. Die beiden Institute greifen wirksam ineinander.

Einerseits kann der strategische Skeptizismus der Anwendung der Beweisvereitelung derart zu Grunde liegen, dass die Vereitelungshandlung gerade deswegen kausal für die Verunmöglichung des Beweises war, weil die nicht beweisbelastete Partei das vernichtete Beweisstück, soweit es nicht den für sie schlechtest möglichen Inhalt gehabt hätte, aufgrund des strategischen Skeptizismus des Richters vorgelegt hätte. Andererseits schützt die Beweisvereitelung die Wirksamkeit des strategischen Skeptizismus, weil sie der nicht beweisbelasteten Partei den Anreiz nimmt, sich selbst die Vorlage von Beweismitteln derart zu erschweren, dass aus der Nichtvorlage nichts mehr geschlossen werden kann.

Die Bedeutung der Beweisvereitelung wird durch die hier vorgeschlagene Lösung in gewisser Hinsicht steigen. Das Grossman'sche Schließen erleichtert die Nutzung von Beweismitteln, die sich bei der nicht beweisbelasteten Partei befinden. Sind diese Beweismittel für die nicht beweisbelastete Partei ungünstig, erhöht die hier vorgeschlagene Lösung daher für sie den Anreiz, sich dieser Beweismittel zu begeben, so dass später im Prozess ein Schließen aus der Nichtvorlage nicht mehr möglich ist. Die Partei kann dann nämlich unabhängig vom Inhalt des Beweismittels nicht vorlegen, so dass aus der Nichtvorlage keine Informationspreisgabe folgt.

Die Beweisvereitelung verfolgt genau den Zweck, Beweise bis zu ihrer Einführung in den Prozess zu erhalten. Es bedarf daher der Beweisvereitelung, um der nicht beweisbelasteten Partei den Ausweg abzuschneiden, einfach das Beweismittel (absichtlich oder fahrlässig) zu verlieren und ein Beweismittel über den Verlust vorzulegen und so den Schluss aus Schweigen zu vereiteln.<sup>54</sup>

Die Wirksamkeit der Beweisvereitelung erscheint, weil die beweislose beweisbelastete Partei das doppelte Verschulden der Beweisvereitelung beweisen muss, zunächst gering. Sie hat ja den Verlust nicht beobachtet. Allerdings wird ihr hier in der Darlegungsdimension eine sekundäre Darlegungslast und in der Beweisdimension erneut das Grossman'sche Schließen zur Hilfe kommen, so dass die Drohung mit den Konsequenzen der Beweisvereitelung einen wirksamen Beweiserhaltungsanreiz setzen sollte. Bei der Kausalitätsprüfung im Rahmen der Voraussetzungen der Beweisvereitelung kann dann auf den stra-

<sup>54</sup> Ist das Beweismittel erst einmal verloren, kann die subjektive Beweislast nicht mehr durch Anwendung des strategischen Skeptizismus wechseln. Die Partei, die die Beweismittel verloren hat, bleibt deshalb nicht beweisführungsbelastet und die Beweisvereitelung ist auf sie anwendbar.

tegischen Skeptizismus zurückgegriffen werden, um zu belegen, dass ohne den Verlust der Beweismittel mit seiner Hilfe eine Sachverhaltsaufklärung durch Vorlage des verlorenen Beweismittels möglich gewesen wäre. Bewiesen werden muss dafür allerdings, dass der Richter vom Vorhandensein dieses Beweismittels ausreichend überzeugt gewesen wäre, so dass er nach Erteilung des Hinweises, Grossman'sches Schließen anzuwenden zu wollen, aus einer etwaigen Nichtvorlage geschlossen hätte.

Im Ergebnis spricht das Bestehen des Instituts der Beweisvereitelung nicht gegen die rechtliche Zulässigkeit von Grossman'schem Schließen als freie Beweiswürdigung. Im Gegenteil gewinnt die Beweisvereitelung in Abgrenzung zum Grossman'schen Schließen an Kontur und kann auf einen Anwendungsbereich beschränkt bleiben, der ihrem Charakter als Sanktionsinstitut entspricht.

#### IV. Die etablierten Informationsrechte werden nicht obsolet

Es wäre ein Argument gegen die Zulässigkeit des Grossman'schen Schließens als freie Beweiswürdigung, wenn durch sie praktisch alle bestehenden – und insbesondere die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen – Auskunftsrechte im Prozess obsolet würden. Wäre das der Fall, ließe sich argumentieren, dass der Gesetzgeber offenbar die hier eröffneten Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung für unzulässig gehalten habe, und die seiner Ansicht nach restriktiven Aufklärungsmöglichkeiten mit Hilfe von Auskunftsrechten in klar umrissenen Fällen ausweiten wollte. Schärfer könnte man formulieren, wenn der Beibringungsgrundsatz – gerade mit seiner Möglichkeit der Anwendung von strategischem Skeptizismus – so wirksam zur Informationserhebung ist, warum bietet dann die Rechtsordnung mit sekundärer Darlegungslast, Beweislastumkehr, materiell-rechtlichen Aufklärungsansprüchen und den §§ 142, 144 ZPO ein „buntes Allerlei“<sup>55</sup> an Aufklärungsrechtsinstituten?

Zwar ist dieses Argument nicht zwingend, denn auch der Gesetzgeber hat sich – soweit ersichtlich – nicht spieltheoretisch beraten lassen, als er die ZPO reformierte, so dass ihm schlicht entgangen sein könnte, welche Möglichkeiten der Sachaufklärung sein Regelwerk eröffnet. Aber erfreulicherweise verbleibt allen prozessualen Aufklärungsrechten auch unter der hier vorgeschlagenen Lösung jeweils ein sinnvoller Anwendungsbereich.

##### 1. Die sekundäre Darlegungslast

Die Anwendungsbereiche von sekundärer Darlegungslast und Grossman'schem Schließen überschneiden sich nicht. Die sekundäre Darlegungslast existiert in

---

<sup>55</sup> Osterloh-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 2.

der Darlegungsdimension, während das hier vorgeschlagene Grossman'sche Schließen die Beweisdimension betrifft. Die sekundäre Darlegungslast kann Beweise erleichtern, indem es mit ihrer Hilfe gelingt, die Beweisfrage zu präzisieren oder durch Beweis zu widerlegende mögliche Geschehensabläufe schon auf der Darlegungsebene auszuschließen. Aber die sekundäre Darlegungslast geht nicht so weit, dass sie die nicht beweisbelastete Partei verpflichtet, Beweismittel zu offenbaren.<sup>56</sup> Deswegen wäre es ohne Grossman'sches Schließen möglich, dass zwar die sekundäre Darlegungslast für einen detaillierten Sachverhaltsvortrag (der nicht beweisbelasteten Partei) sorgt, dann aber der beweisbelasteten Partei das Beweismittel fehlt, um diesen Vortrag zu widerlegen, so dass sie dennoch verliert.

Die sekundäre Darlegungslast betrifft also allein die Definition der möglichen Geschehensabläufe, die dann unter Beweis zu stellen sind. Sie steckt den „Möglichkeitenraum“ ab, über den die subjektiven Wahrscheinlichkeiten zu verteilen sind. In dieser Hinsicht wird sie oft eine notwendige Vorbereitung für die Anwendung Grossman'schen Schließens darstellen. Grossman'sches Schließen basiert auf dem Umgang mit Wahrscheinlichkeiten, und Wahrscheinlichkeiten müssen an wohldefinierte mögliche Zustände der Welt „angehängen“ werden. So lange aber – etwa mangels Wahrnehmungsmöglichkeit der beweisbelasteten Partei – diese möglichen Zustände der Welt nicht definiert sind, bleiben etwaige Aussagen über Wahrscheinlichkeiten weitgehend bedeutungslos. Dann bereitet erst die sekundäre Darlegungslast das Feld für die fruchtbare Anwendung von Wahrscheinlichkeiten. Die sekundäre Darlegungslast wird unter der Anwendung des Grossman'schen Schließens also eher wichtiger, als dass Grossman'sches Schließen sie obsolet machte.

## 2. Materielle Auskunftsansprüche

Bisher wurde vielfach vertreten, das prozessuale Informationsproblem löse der deutsche Gesetzgeber punktuell durch materielle Aufklärungsansprüche. Wenn sich nun das prozessuale Informationsproblem durch Grossman'sches Schließen nahezu erledigt, stellt sich die Frage nach der Bedeutung der materiellen Informationsansprüche.

Zum Teil wurden die materiellen Auskunftsansprüche einer prozessualen Lösung gerade deswegen vorgezogen, weil sie den Parteien auch bei der Prozessvorbereitung helfen, insbesondere wenn die Klägerin erst herausfinden muss, worauf sich ihr Anspruch überhaupt richtet.<sup>57</sup> *Stürner* fühlte sich angesichts dieser materiell-rechtlichen Konkurrenz sogar genötigt, sei-

<sup>56</sup> BGH NJW 2007, 2989, 2991 (Rn. 16); BGH NJW 2008, 982, 984 (Rn. 18); Zöller/Greger, Vor § 284 ZPO Rn. 34.

<sup>57</sup> *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 87.

nem prozessualen Aufklärungsanspruch eine vorprozessuale Wirkung einzuschreiben.<sup>58</sup>

Diese vorprozessuale Wirkung kann Grossman'sches Schließen allenfalls sehr eingeschränkt leisten. Zwar kann auch die nicht informierte Prozesspartei in den vorprozessualen Handlungen unter Umständen durch die Anwendung strategischen Skeptizismus aus Schweigen der beweisfähigen, nicht beweisbelasteten Partei auf den Inhalt ihrer Beweismittel schließen. Aber die beweisbelastete Partei hat es viel schwerer, sich auf einen strategischen Skeptizismus festzulegen, und sie kennt die Wirkung ihrer Entscheidung auf die nicht beweisbelastete Partei nicht sicher. Es ist schon nicht klar, ob die für die nicht beweisbelastete Partei maximal nachteilige Entscheidung eigentlich die Klageerhebung ist. Vielleicht freut sich die nicht beweisbelastete Partei geradezu darüber, dass sie im Prozess das sie entlastende Beweismittel vorlegen und eine Klageabweisung mit Kostenfolge zum Nachteil des Klägers erreichen kann. Damit ist nicht klar, ob der Kläger überhaupt einen Anreiz zur Beweismittelvorlage setzen kann. Und selbst wenn die Klage die maximal nachteilige Entscheidung für die nicht beweisbelastete Partei ist, der Kläger einen solchen Anreiz also prinzipiell setzen könnte, wäre sie auch für den potenziellen Kläger mit Risiken und Kosten verbunden, die dieser vielleicht gar nicht tragen will. Damit wird fraglich, ob die Drohung des Klägers überhaupt glaubhaft ist. Das vorprozessuale Schließen aus Schweigen ist damit erheblich erschwert.

Die Beweisvereitelung gewährleistet eine gewisse Vorwirkung des Grossman'schen Schließens, weil sie die nicht beweisbelastete Partei zur Erhaltung von Beweismitteln anreizt. Aber die Möglichkeit, die nicht beweisbelastete Partei dazu zu zwingen, der beweisbelasteten Partei Einsicht in Unterlagen zur Prozessvorbereitung zu verschaffen, eröffnet die Beweisvereitelung nicht.

Die materiell-rechtlichen Auskunftsansprüche behalten also allesamt ihre vorprozessuale Wirkung. Selbst ein allgemeiner Auskunftsanspruch aus § 242 BGB könnte so sinnvoll neben der Möglichkeit des Grossman'schen Schließens bestehen. Die §§ 420 ff. ZPO behalten dann ihre Funktion als prozessökonomische Abkürzung zur Durchsetzung des materiell-rechtlichen Auskunftsanspruchs, falls dieser vor dem Prozess noch nicht geltend gemacht wurde. Auch im laufenden Prozess kann auf diese Weise die Vorbereitung der weiteren Prozessführung vor der Beweisaufnahme abgesichert werden. Nur ihre unmittelbare Bedeutung für die Entscheidung der Hauptsache würden die §§ 420 ff. ZPO im Wesentlichen an das Grossman'sche Schließen abtreten.

---

<sup>58</sup> Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 155 ff.

### 3. Die Bedeutung der §§ 142, 144 ZPO

Einzig die §§ 142, 144 ZPO verlieren im Vergleich zur aktuellen Rechtspraxis erheblich an Bedeutung. Nach der zurzeit herrschenden Meinung dient § 142 ZPO einem doppelten Zweck: Das Gericht soll mit ihm ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>59</sup> zur Beschleunigung des Verfahrens früh den Tatsachenvortrag klären können. Aber die Vorlageanordnung soll auch, wie es dem allgemeinen Verständnis vor der ZPO-Reform entsprach,<sup>60</sup> weiterhin dem Beweis dienen.<sup>61</sup>

Grossman'sches Schließen reicht weiter als § 142 ZPO. Die Anordnung der Vorlage einer Urkunde, die sich in den Händen der nicht beweisbelasteten Partei befindet, verlangt gemäß § 142 ZPO zumindest nach aktuell herrschender Auslegung die *konkrete* Inbezugnahme der Urkunde durch die beweisbelastete Partei.<sup>62</sup> Grossman'sches Schließen verlangt dagegen lediglich die Überzeugung des Richters, dass sich in den Händen der nicht beweisbelasteten Partei *irgendein* aussagekräftiges Beweismittel befindet. Welches das ist, ist für den Schluss unerheblich. Das Beweismittel selbst muss daher zur Anwendung von Grossman'schem Schließen gar nicht benannt sein, obwohl das Gericht seine Überzeugung vom Vorliegen eines Beweismittels bei der nicht beweisbelasteten Partei wohl in der Regel durch dessen Erwähnung erlangen wird. Für den Regelfall ist natürlich anzunehmen, dass das Gericht genau deswegen von der Zugriffsmöglichkeit der nicht beweisbelasteten Partei überzeugt ist, weil es genau weiß, welche Beweismittel in ihren Händen entstanden sind. Aber es mag Fälle geben, bei denen etwa im Betrieb des Beklagten eine Handlung vorgenommen worden sein könnte, die später zu einem Schaden führte und klar ist, dass irgendein Mitarbeiter des Beklagten diese Handlung mit Wissen des Beklagten entweder vorgenommen oder unterlassen hat. Hier hätte der Beklagte sicher irgendeinen Zeugen, auch wenn man nicht weiß, wer der richtige Zeuge ist. Oder das Gericht mag wissen, dass der Beklagte bestimmte Vorgänge irgendwie dokumentiert hat, ohne zu wissen, ob das digital oder auf Papier, im eigenen Betrieb oder beim externen Wirtschaftsprüfer geschehen ist. In allen Fällen wäre ein aussage-

<sup>59</sup> Bundestag Drucksache 14/4722 vom 24.11.2000, 78.

<sup>60</sup> *Leipold*, in: Eckhardt/Kreft/Schilken u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walter Gerhardt, 563–585, 568.

<sup>61</sup> BGH NJW 2007, 155; Stein/Jonas-ZPO/*Althammer*, § 142 ZPO Rn. 1; MüKo-ZPO/*Fritsche*, §§ 142–144 ZPO Rn. 1; Stein/Jonas-ZPO 2005/*Leipold*, § 142 ZPO Rn. 1; *Leipold*, in: Eckhardt/Kreft/Schilken u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walter Gerhardt, 563–585, 568; *Saenger*, ZJP 2008, 139–163, 151; *Stadler*, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, 1625–1647, 1640; *Saenger-ZPO/Wöstmann*, § 142 ZPO Rn. 1.

<sup>62</sup> BGH NJW 2017, 3304, 3307; BGH NJW 2014, 3312; 3313; Stein/Jonas-ZPO/*Althammer*, § 142 ZPO Rn. 9–11; *Prütting*, AnwBl 2008, 153–159, 158; *Uhlenbruck*, NZI 2002, 589–590, 590; *Saenger-ZPO/Wöstmann*, § 142 ZPO Rn. 4.

kräftiges Beweismittel entstanden, auf das der Beklagte ohne weiteres zugreifen könnte.

Grossman'sches Schließen ist den §§ 142, 144 ZPO auch darin überlegen, dass es klare Kriterien vermittelt, wann der Schluss anzuwenden ist (Überzeugung von verfügbaren Beweismitteln, erkennbarer strategischer Skeptizismus, Schweigen), anstatt eine Vorlageanordnung und auch die Würdigung weitgehend ohne Kriterien in das Ermessen des Gerichts zu stellen.

Die Voraussetzungen der §§ 142, 144 ZPO scheinen allein in einem Punkt weiter zu sein als die des Grossman'sche Schließens: Um aus Grossman'schem Schließen auf den Inhalt des Beweismittels zu schließen, muss man wissen, dass es für die in Rede stehende Beweisfrage aussagekräftig ist. Diese Aussagekraft des Beweismittels ist keine Voraussetzung von §§ 142, 144 ZPO. Daher scheinen die §§ 142, 144 ZPO eine Bedeutung für den Beweis in den Fällen zu behalten, in denen die Wahrscheinlichkeit des Zugriffs der nicht beweisbelasteten Partei auf eine aussagekräftige Urkunde oder ein aussagekräftiges Augenscheinsobjekt ausschließlich wegen Zweifeln an der Aussagekraft des Beweismittels nicht hoch genug ist, um Grossman'sches Schließen zu eröffnen. Allerdings sind auch diese Fälle durch Grossman'sches Schließen allein zu lösen: Wie noch später ausführlich begründet wird (vgl. hinten § 10 I. 2.), ist die Frage, ob die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel hat, selbst eine Beweisfrage, deren Beantwortung Indizwirkung für das Vorliegen der ursprünglichen Sachverhaltsbehauptung hat. Auch im Rahmen des Beweises der Verfügbarkeit von aussagekräftigen Beweismitteln ist damit Grossman'sches Schließen anzuwenden. Wenn geklärt ist, dass die nicht beweisbelastete Partei eine Urkunde oder ein Augenscheinsobjekt besitzt, aber behauptet, es sei für den Fall nicht aussagekräftig, und die beweisbelastete Partei hierzu keinen Beweis erbringen kann, hat der Richter nach den Grundsätzen des Grossman'schen Schließens davon auszugehen, dass die Urkunde bzw. das Augenscheinsobjekt aussagekräftig ist. Das eröffnet ihm die Möglichkeit, Grossman'sches Schließen auch betreffend die Aussagekraft des Beweismittels anzuwenden.

Einen eigenständigen Beweiszweck haben die §§ 142, 144 ZPO damit nicht mehr. Sie dienen, wie in der Begründung des Reformgesetzes niedergelegt,<sup>63</sup> allein der Beschleunigung des Verfahrens. Sie ermöglichen es dem Gericht, sich früh einen Überblick über die in Bezug genommenen Unterlagen und Augenscheinsgegenstände zu verschaffen.

---

<sup>63</sup> Bundestag Drucksache 14/4722 vom 24.11.2000, 78. In Bundestag Drucksache 14/6036 vom 15.05.2001, 120 wird ferner klargestellt, dass die Neufassung von § 142 ZPO die Auskunftsrechte im Vergleich mit dem vorherigen Rechtszustand nicht ausweiten soll.

#### 4. Ergebnis

Damit behalten alle Aufklärungsrechte eine eigenständige Bedeutung und stehen der rechtlichen Zulässigkeit des Grossman'schen *unravelings* nicht im Wege.

### V. Nemo tenetur gilt im Zivilprozess nicht

Im Strafrecht wäre die Anwendung des strategischen Skeptizismus zweifellos unzulässig, denn dort besteht ein Recht des Angeklagten zu schweigen, bzw. genauer, sich nicht belasten zu müssen. Dieses Recht würde umgangen, könnte der Richter die Vorlage sonst unerreichbarer Beweismittel durch seine skeptische Haltung erzwingen. Anders gewendet: Der strategische Skeptizismus verunmöglicht es im Bereich seiner Funktionsvoraussetzungen, dass Schweigen eine Wirkung zu Gunsten des Schweigenden hat. Um dem Schweigen des Angeklagten überhaupt eine Wirkung zu seinen Gunsten beizumessen, muss der strategische Skeptizismus im Strafprozess also für unzulässig gehalten werden.

Ein Recht auf Schweigen oder ein Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, gibt es aber im Zivilprozess nicht. Zwar wird allenthalben eine Nemo-tenetur-Regel auch für den Zivilprozess behauptet. Aber § 138 I ZPO legt fest, dass beide Parteien sich vollständig und wahrheitsgemäß erklären müssen. Das ist mit einem Schweigerecht unvereinbar.<sup>64</sup> Und auch die Ansicht, dass der Beibringungsgrundsatz in der Privatautonomie wurzele und so die Behauptung der Nemo-tenetur-Regel im Zivilprozess stütze, wurde oben<sup>65</sup> schon zurückgewiesen, so dass sich gezeigt hat, dass eine Nemo-tenetur-Regel im Zivilprozess der normativen Grundlage entbehrt.

Auch einen Grundsatz, dass in der Beweiswürdigung alle Unsicherheiten prinzipiell zu Gunsten einer bestimmten Partei, etwa der nicht beweisbelasteten, aufgelöst werden müssen, gibt es im Zivilprozess anders als im Strafrecht (in dubio pro reo) nicht. Die Beweiswürdigung hat vielmehr ohne Rücksicht auf die Beweislast zu geschehen, denn die Wirkung der Beweislast setzt erst ein, wenn die Beweiswürdigung abgeschlossen ist und zu einem *non liquet* geführt hat. Ob sich der Richter also trotz bestehender Unsicherheiten zu einer vollen Überzeugung durchringen kann, bleibt von den Wertungen der Beweislast unberührt. Diese Wertungen sind allein für den Fall ausschlaggebend, dass der Richter eine für den Alltag brauchbare Überzeugung nicht gewinnen kann.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 306.

<sup>65</sup> Vgl. oben unter § 2 III.2.

<sup>66</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 6; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 93.

In der Literatur setzt sich zunehmend die Ansicht durch, dass sich hinter der unklaren Formel der Gerichte, keine Prozesspartei sei gehalten, dem Gegner das Material für dessen Prozesssieg zur Verfügung zu stellen, kein Schweigerecht verbirgt.<sup>67</sup> Zu mannigfaltig seien die Durchbrechungen des angeblichen Grundsatzes, dass niemand dem Gegner zum Prozessersieg verhelfen müsse.<sup>68</sup> Auch der BGH scheut sich nicht mehr, in eine Urteilsbegründung zu schreiben, dass „jede Partei [...] in ihr zumutbarerweise dazu beizutragen [hat], dass der Prozessgegner in die Lage versetzt wird, sich zur Sache zu erklären und den notwendigen Beweis anzutreten“.<sup>69</sup> *Schlosser* zeichnete schon in den neunziger Jahren nach, dass international eine Abschiedsbewegung von der „sporting theory of justice“ zu verzeichnen war, da Mitwirkungspflichten der Parteien in den verschiedenen Rechtsordnungen zunehmend ausgebaut wurden.<sup>70</sup> *Gottwald* hält die Ablehnung der „sporting theory of justice“ auch in Deutschland für allgemein.<sup>71</sup> Entsprechend fordern beide, auch die deutsche Rechtsordnung solle die Wertung reflektieren, dass „im Prozeß [...] nicht der Aktiverer und Geschicktere siegen [soll], sondern derjenige, der Recht hat.“<sup>72</sup>

Zwar hat das BVerfG die Schutzwürdigkeit des Interesses einer Partei anerkannt, „eine ihr zur Unehre reichende Tatsache oder eine von ihr begangene strafbare Handlung“ nicht offenbaren zu müssen und die Parteien eines Zivilprozesses, soweit die Selbstbezeichnung strafrechtliche Konsequenzen nach sich zöge, für geschützt gehalten.<sup>73</sup> Das Gericht hat allerdings in derselben Entscheidung das Geheimhaltungsinteresse des Schuldners mit dem Offenbarungsinteresse des Gläubigers abgewogen und letzterem den Vorzug gegeben.<sup>74</sup> Diese Interessenabwägung dürfte das Gericht, zumindest soweit keine strafrechtlich relevante Selbstbezeichnung betroffen ist, in allen Zivilverfahren mit demselben Ergebnis des Durchgreifens der Gläubigerinteressen durchführen.<sup>75</sup> Denn dem zutreffenden und angemessen deutlichen Hinweis, dass es schwer einzusehen ist, warum das Interesse, sich einer berechtigten Rechtsdurchsetzung durch

<sup>67</sup> *Saenger*, ZZP 2008, 139–163, 146; *Thole*, JR 2011, 327–334, 334.

<sup>68</sup> Mit Bezug auf die Aufweichung des Substantiierungserfordernisses *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129–3134, 3130; mit Verweis auf die sekundäre Darlegungslast *Zöller/Greger*, Vor § 284 ZPO Rn. 34d; Unter Bezugnahme auf „Beweiserleichterungen, Substantiierungspflichten, sekundäre Darlegungslast“ *Thole*, JR 2011, 327–334, 334. Solche Durchbrechungen sieht auch *Prütting*, AnwBl 2008, 153–159, 156, insbesondere durch §§ 142, 144, 643 ZPO, ohne dass er daraus aber ableiten würde, dass der *nemo-tenetur*-Grundsatz im Zivilprozess nicht gelten würde.

<sup>69</sup> BGH NJW-RR 2007, 488, 489; BeckRS 2002, 9531 (dort leider ohne Randnummern).

<sup>70</sup> *Schlosser*, JZ 1991, 599–608, 603. Ebenso *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 306 ff.

<sup>71</sup> *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 312.

<sup>72</sup> *Schlosser*, JZ 1991, 599–608, 603.

<sup>73</sup> BVerfG NJW 1981, 1431, diskutiert im Aufsatz von *Wagner*, JZ 2007, 706–719, 716.

<sup>74</sup> BVerfG NJW 1981, 1431, 1432. Darauf verweist auch *Wagner*, JZ 2007, 706–719, 716.

<sup>75</sup> *Wagner*, JZ 2007, 706–719, 716.



den Gegner zu entziehen, schützenswert sein sollte,<sup>76</sup> ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Ein Schweigerecht – sei es eins der beweisbelasteten oder eins der nicht beweisbelasteten Partei – kennt das deutsche Zivilprozessrecht nicht. An einem Schweigerecht scheitert die Anwendbarkeit des strategischen Skeptizismus daher nicht.

## VI. Die Anwendung des strategischen Skeptizismus ist keine Amtsermittlung

Aber sieht der strategische Skeptizismus nicht aus wie eine – unter Geltung des Beibringungsgrundsatzes allenfalls nach ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung zulässige – Amtsermittlung? Immerhin wählt der Richter seinen Skeptizismus strategisch. *Er* ist derjenige, welcher der nicht beweisbelasteten Partei einen Anreiz zur Aufklärung setzt. Dennoch ist die Anwendung von strategischem Skeptizismus keine Amtsermittlung. Sie ist ihrem Erscheinungsbild nach, wie sich zeigen wird, klar ein Teil der Beweiswürdigung. Es erscheint geradezu selbstverständlich, dass man die Äußerungen und das Schweigen der Parteien im Lichte ihrer Interessen interpretiert und letztlich ist der Skeptizismus nichts anderes als das: die Interpretation des Schweigens im Lichte der Interessen einer Partei. Als Beweiswürdigung muss die Anwendung des strategischen Skeptizismus daher nicht gesondert gerechtfertigt werden.

Die Wahl der skeptischen Haltung ist keine aktive, amtsseitige Usurpation der Aufklärungsbemühungen, die im Zivilprozess den Parteien zustehen: Mit irgendeiner Haltung muss der Richter schließlich an die Würdigung des Vortrags und der Beweismittel der allein informierten, nicht beweisbelasteten Partei und deren Lücken herantreten. Entweder kann er gutgläubig zunächst vom Günstigsten ausgehen, solange keine gegenläufigen Anhaltspunkte vorliegen. Oder er kann vorläufig vom Schlechtesten ausgehen, solange keine gegenläufigen Anhaltspunkte vorliegen. Die Wahl seiner Haltung beeinflusst aber notwendig, welche Information ihm offenbart wird und welche verdeckt bleibt. Der Richter hat daher nicht die Option, ganz passiv zu sein und keine Haltung zu wählen. Er kann versuchen, seine strategische Rolle zu ignorieren, aber er wird sie nicht los: Sein Verhalten beeinflusst das der Parteien. Der Einwurf, der Richter dürfe im Beibringungsgrundsatz nicht aktiv werden, kann, soweit er sich auf die Wahl einer Haltung zum Vortrag der Parteien bezieht, keinen gesteigerten Legitimationsbedarf auslösen, weil der Richter mit seiner Entscheidung für irgendeine Haltung immer und vor allem unausweichlich aktiv ist.

---

<sup>76</sup> Osterloh-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 36, 44.

Dass die Wahl der skeptischen Haltung integraler Bestandteil der Beweiswürdigung ist, zeigt auch der Vergleich der hier vorgestellten Technik mit den dogmatischen Diskussionen um die Meinungen, dass das Institut der Beweisvereitelung sich in bloßer Beweiswürdigung, vielleicht unter Verwendung eines Erfahrungssatzes, erschöpfe.<sup>77</sup> Dieser noch herrschenden Literaturansicht zur Beweisvereitelung wird – allerdings, wie hier belegt wurde, unzutreffenderweise<sup>78</sup> – zugestanden, dass sie die vorsätzliche Beweisvereitelung erklären kann.<sup>79</sup> Es besteht damit weitgehend Einigkeit darüber, dass man Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei unter bestimmten Umständen zu ihren Lasten würdigen kann. Allerdings wurden die Umstände, unter denen das möglich ist, bisher unzutreffend beschrieben. Die Bedingungen des Grossman'schen Schließens beschreiben diese Umstände nun zutreffend. Aber im Hinblick auf die prinzipielle Zugehörigkeit des Schließens aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei zur Beweiswürdigung birgt der Vorschlag, künftig strategischen Skeptizismus zu nutzen, keine Neuerung.

Die normative Bedeutung des Beibringungsgrundsatzes wird damit keinesfalls geschmälert. Die Erkenntnis der beiden im Beibringungsgrundsatz wirkenden Mechanismen lässt die Funktion des Verbots der Amtsermittlung deutlicher hervortreten. Um die Früchte des kontradiktorischen Verfahrens zu ernten, muss die Rechtsordnung den Richter darauf festlegen, sich im Grundsatz auf den einfacheren Vereinigungsmechanismus zu verlassen und ihn bei Bedarf um das Grossman'sche Schließen zu erweitern. Niemals darf der Richter darüberhinausgehende eigenständige Ermittlungsbemühungen anstrengen. Bedingung für die Funktion der beiden Mechanismen des Beibringungsgrundsatzes ist, dass der Richter nicht versucht, schlauer zu sein als das System, indem er auf eigene Faust ermittelt oder versucht, anderweitig über seinen Skeptizismus hinaus als strategischer Akteur in Erscheinung zu treten. Tut er das, bilden die Parteien Erwartungen darüber, wie er zur Sachverhaltsaufklärung beitragen wird, und werden unsicher, ob die Sachverhaltsaufklärung wirklich allein von ihren Aufklärungsbeiträgen abhängt. Sie passen ihr Verhalten an ihre idiosynkratischen Erwartungen an. Weil der Richter mit eigenständigen Ermittlungsbemühungen die Regeln des Spiels unvorhersehbar verändert, können neue Gleichgewichte entstehen, die angesichts der fruchtbaren Wirkungen der beiden im Beibringungsgrundsatz verankerten Mechanismen wahrscheinlich zu schlechteren Ergebnissen führen. Es kann gar eine Situation entstehen, in der gar keine Gleichgewichte mehr erreichbar sind, so dass das Verhalten aller Beteiligten weitgehend erratisch sein muss. Der Richter, der selbst auf unvorhersehbare Weise ermittelt, kann sich nicht mehr darauf verlassen, dass die Parteien alles Relevante eigenständig vortragen werden, und die fruchtbare Wirkung des

<sup>77</sup> Zu diesen beiden Ansichten vgl. vorn § 8 III. 1.

<sup>78</sup> Vgl. dazu vorn § 8 III. 2.

<sup>79</sup> Vgl. vorn § 8 III. 1. m. w. N.

Beibringungsgrundsatzes ist dahin. Der Richter muss sich daher auf die beiden Kernmechanismen festlegen. Normativ leistet der Beibringungsgrundsatz diese Festlegung.

Die Diskussion um die notwendige Festlegung des Richters führt auch zu einem weiteren Argument gegen den Begriff der formellen Wahrheit. Denn nun ist zu erkennen, dass es unzutreffend ist, bestimmte Wirkungen des Beibringungsgrundsatzes, durch die es dem Richter verwehrt wird, seiner persönlichen Überzeugung zu folgen, als Beleg für die Geltung einer formellen Wahrheit zu interpretieren. Sie sind vielmehr Ausdruck der Festlegung des Richters auf die aufgefundenen zwei Mechanismen. Der Richter ist im Rahmen der Wirksamkeitsbedingungen des Vereinigungsmechanismus deshalb an den übereinstimmenden Parteivortrag auch dann gebunden, wenn er erkennt, dass der Vortrag unzutreffend ist, weil die Parteien einen sicheren Anreiz zum Vortrag des Sachverhalts nur dann haben, wenn der Richter sich im Grundsatz darauf beschränkt, die insgesamt vorgetragenen Tatsachen zu Grunde zu legen.

Damit stellt die Anwendung des strategischen Skeptizismus durch den Richter keine verbotene Amtsermittlung dar.

### VII. Ergebnis: Sowohl der Vereinigungsmechanismus als auch der strategische Skeptizismus sind integrale Bestandteile des Beibringungsgrundsatzes

Der Beibringungsgrundsatz vereinigt zwei Mechanismen der Sachverhaltsfeststellung. Der Vereinigungsmechanismus beruht auf der Einsicht, dass, wenn Lügen durch das Beweiserfordernis ausreichend erschwert werden, jede der beiden streitenden und zum Beweis fähigen Parteien die verbleibenden zu ihren Lasten wirkenden Unklarheiten beseitigen will, so dass am Ende keine Unklarheiten verbleiben und das Gericht den Sachverhalt wahrheitsgemäß feststellt.

Wenn eine Partei zum Beweis nicht in der Lage ist, kann der Vereinigungsmechanismus nicht wirken. Wenn allein die beweisbelastete Partei zum Beweis im Stande ist, übernimmt die Beweislast ihre Motivation zur Vorlage ihrer Beweismittel.

Mit Hilfe eines strategischen Skeptizismus kann das Gericht auch die nicht beweisbelastete Partei zur Vorlage ihrer Beweismittel motivieren, wenn allein diese zum Beweis im Stande ist. Die Anwendung des strategischen Skeptizismus stellt offenkundig weder eine Beweislastumkehr noch eine Anwendung der Grundsätze der Beweisvereitelung unter erleichterten Voraussetzungen dar, denn anders als in den Fällen der Beweislastentscheidung oder der Beweisvereitelung wird der Sachverhalt bei Anwendung des Grossman'schen Schließens aufgeklärt. Die hier vertretene Ansicht belässt allen herkömmlichen Aus-

kunftsrechten eine sinnvolle Funktion. Die Beweisvereitelung gewinnt durch das Grossman'sche Schließen noch an Bedeutung, weil sie künftig dessen Anwendung vor der Versuchung der nicht beweisbelasteten Partei bewahren muss, ihre Beweismittel heimlich zu vernichten. Die sekundäre Darlegungslast spannt auf Darlegungsebene erst den abgegrenzten Möglichkeitenraum auf, an den bei der Beweiswürdigung mit Hilfe des Grossman'schen Schließens sinnvoll Wahrscheinlichkeiten geknüpft werden können. Die materiellen Aufklärungsansprüche werden künftig vor allem die Funktion haben, der berechtigten Partei zu helfen, den Prozess vorzubereiten und seine Risiken abzuschätzen. Und der Zweck der §§ 142, 144 ZPO wird künftig auf die Verfahrensbeschleunigung beschränkt sein.

Ein die Verwendung des strategischen Skeptizismus untersagendes Schweigerecht der Parteien besteht im Zivilprozess nicht. Weil der Richter irgendeine Haltung zum Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei einnehmen muss, kann er der Entscheidung zwischen der skeptischen und der gutgläubigen Haltung nicht ausweichen, so dass diese Entscheidung auch keinen überschießenden richterlichen Aktivismus darstellt, der dem Richter den Vorwurf der unzulässigen Amtsermittlung einbringen könnte.

Im Ergebnis bewegt sich der Richter also mit der erkennbaren Anwendung des strategischen Skeptizismus sicher im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes<sup>80</sup> und beschränkt sich auf die Würdigung des ihm von den Parteien vorgetragenen oder verschwiegenen Tatsachen- und Beweisstoffs. Gewöhnliche Beweiswürdigung ist aber nie eigens rechtfertigungsbedürftig.

---

<sup>80</sup> *Posner*, Stanford Law Review 1999, 1477–1546, 1493 sieht einen Vorteil des Beibringungsgrundsatzes („adversarial system“) gerade darin, dass er zuverlässige Schlüsse aus Schweigen erlaubt.



## § 9 Die Ausgestaltung des zulässigen Schlusses aus Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei

Nachdem nun festgestellt ist, dass das Schließen aus Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei als Teil der freien Beweiswürdigung zulässig und gar integraler Bestandteil des Beibringungsgrundsatzes ist, soll im folgenden Kapitel eine rechtliche Konsolidierung erreicht werden. Zunächst werden die Voraussetzungen des Grossman'schen Schließens zusammengefasst. Dann wird danach gefragt, ob der Richter bei der Anwendung des Grossman'schen Schließens völlig frei ist, weil sie freie Beweiswürdigung darstellt, oder ob er Bindungen unterliegt, weil der Beibringungsgrundsatz, dessen integraler Bestandteil das Grossman'sche Schließen ist, ihm Vorgaben macht. Dabei wird sich in der Tat herausstellen, dass der Richter nicht frei über die Anwendung Grossman'schen Schließens entscheiden darf, so dass die dritte Frage folgt, wie weit die revisionsgerichtliche Überprüfung der richterlichen Pflichten beim Schließen aus Schweigen geht.

### I. Die Voraussetzungen des Grossman'schen Schließens

Die Voraussetzungen der Anwendung strategischen Skeptizismus zu Lasten der nicht beweisbelasteten Partei lassen sich parallel zu denen der sekundären Darlegungslast beschreiben, die der strategische Skeptizismus faktisch, wenn auch nicht unbedingt dogmatisch, in die Beweisdimension verlängert. Die Voraussetzungen der Nutzung des strategischen Skeptizismus sind mit den Voraussetzungen der sekundären Darlegungslast allerdings nicht identisch. *Beckhaus* fasst die Voraussetzungen der sekundären Darlegungslast übersichtlich wie folgt zusammen:

„Die sekundäre Behauptungslast setzt sich aus vier Elementen zusammen: Die risikobelastete Partei muss außerhalb des relevanten Geschehens stehen und darf den Sachverhalt nicht selbst ermitteln können; die sekundäre Behauptungslast greift also nur *subsidiär* (1). Dem Gegner muss die *Aufklärung* ohne weiteres *möglich* sein; ihm wird somit nicht das Risiko auferlegt, dass sich der Sachverhalt nicht rekonstruieren lässt (2.). Zudem darf dem Gegner der Aufklärungsbeitrag *nicht unzumutbar* sein (3.). Wegen des Verbotes von Behauptungen ‚ins Blaue hinein‘ sind schließlich *hinreichende objektive*

*Anhaltspunkte* und damit eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen anspruchsbegründenden Sachverhalt darzulegen (4.).“<sup>1</sup>

Diesem Vierklang entspricht für die Anwendung des strategischen Skeptizismus ein Dreiklang. Auch die Anwendung des strategischen Skeptizismus muss erstens subsidiär sein. Ebenso ist der strategische Skeptizismus zweitens nur anwendbar, wenn dem Gegner die Aufklärung – hier in der Beweisdimension der Beweis – des Sachverhalts möglich ist. Der dritten Voraussetzung der sekundären Darlegungslast, der Zumutbarkeit, entspricht allerdings keine Voraussetzung des strategischen Skeptizismus. Vielmehr ist die zweite Voraussetzung, die Möglichkeit des Beweises, ohne normative Erwägungen zu präzisieren. Diese Präzisierung ist gegenüber der Beweismöglichkeit nicht eigenständig. Damit ist für die Anwendung des strategischen Skeptizismus schon drittens – und nicht wie bei der sekundären Darlegungslast erst viertens – substantiiertes Tatsachenvortrag Voraussetzung.

### 1. Subsidiarität

Das Grossman'sche Schließen ist subsidiär zum Vereinigungsmechanismus anzuwenden. Der Vorrang der Vereinigungsmethode findet seinen Grund nicht in Wertungen der Risikotragung. Es wird ja aufgeklärt, so dass sich das Risiko der Nichtaufklärung nicht realisiert. Auch Gesichtspunkte der Kostenverteilung des Beweisaufwands zwischen den Parteien sind sekundär. Der Grund für den Vorrang der Vereinigungsmethode liegt zuallererst in ihrer Überlegenheit, soweit die Voraussetzungen ihres Funktionierens vorliegen. Wenn die Vereinigungsmethode anwendbar ist, führt sie den Richter mit besonders wenig Aufwand, ohne die Notwendigkeit strategischer Erwägungen und unter besonders geringen kognitiven Anforderungen zum richtigen Ergebnis. Aber vor allem ist sie, soweit die Voraussetzungen für ihr Funktionieren vorliegen, weniger komplex und damit weniger fehleranfällig als die Nutzung des Grossman'schen Schließens. Es ist dieser Grund, der ihren Vorrang rechtfertigt, weil er der durch den Beibringungsgrundsatz bezweckten Sachverhaltsaufklärung dient.

Der strategische Skeptizismus ist anzuwenden, soweit der Vereinigungsmechanismus mangels Verfügbarkeit von Beweismitteln bei der beweisbelasteten Partei oder wegen zu hoher Kosten der Vorlage nicht funktionieren kann. Auch die sekundäre Darlegungslast ist nur anwendbar, wenn der darlegungsbelasteten Partei ein substantiiertes Vortrag nicht möglich ist, weil sie vom betreffenden Geschehensablauf nichts weiß. Allerdings verlangt die sekundäre Darlegungslast weitergehend, dass die darlegungsbelastete Partei vom Geschehensablauf auch nichts wissen konnte und sich den Geschehensablauf darüber

---

<sup>1</sup> *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 140 m. w. N. Hervorhebungen von mir.

hinaus auch nicht selbständig erschließen kann, weil sie „außerhalb des Geschehens“ stand. Für die Anwendung des strategischen Skeptizismus ist die Frage noch zu beantworten, ob es genügt, dass die beweisbelastete Partei in der Prozesssituation aktuell nicht beweisen kann, oder ob darüber hinaus zu verlangen ist, dass sie in diese Situation der Beweislosigkeit ohne ihr Zutun gekommen ist.

Der Verzicht auf die Voraussetzung fehlenden Einflusses der beweisbelasteten Partei auf ihre Beweislosigkeit würde den Anreiz der beweisbelasteten Partei schwächen, Beweismittel zu erhalten. Die Schwäche dieses Anreizes ist allerdings keine Neuerung des Grossman'schen Schließens. Ohne dieses hat die andere, nicht beweisbelastete Partei schwache Beweiserhaltungsanreize. Soweit beide Parteien im Ausgangspunkt in der Lage sind zu beweisen, bleibt die Schwäche des Beweiserhaltungsanreizes einer Partei weitgehend unschädlich für die Sachverhaltsaufklärung. Denn die jeweils andere Partei hat einen starken Anreiz, ihr günstige Beweismittel zu erhalten, so dass die Sachverhaltsaufklärung gelingt. Für die Sachverhaltsaufklärung macht es dann keinen Unterschied, ob man Grossman'sches Schließen zulässt oder nicht (dazu § 9 I. 1. a)).

Wenn aber eine Partei schon im Ausgangspunkt nicht beweisen kann, will man zwischen den beiden denkbaren Regelungen, mit oder ohne Grossman'sches Schließen, gezielt so wechseln, dass die Partei, der die Beweismittel-erhaltung möglich ist, ihre Beweismittel auch erhält. Dieser gezielte Wechsel macht die Voraussetzung des fehlenden Einflusses auf die Beweislosigkeit erforderlich (dazu § 9 I. 1. b)). „Fehlender Einfluss auf die Beweislosigkeit“ ist als fehlendes Mitverschulden an der Beweislosigkeit zu konkretisieren (dazu § 9 I. 1. c)). Diese Voraussetzung ist gravierend und wird dazu führen, dass Grossman'sches Schließen praktisch nur in Fällen typischer Beweislosigkeit anwendbar ist, obwohl durchaus Fälle idiosynkratischer, unverschuldeter Beweislosigkeit denkbar sind. Dennoch bedeutet diese Regelung im Vergleich zum Status quo eine Verbesserung der Sachverhaltsaufklärung. Eine noch bessere Lösung ist wohl prinzipiell unerreichbar (dazu § 9 I. 1. d)).

*a) Die Wirkung der Voraussetzung fehlenden Einflusses auf die Beweislosigkeit, wenn beide Parteien im Ausgangspunkt beweisen können*

Wenn beide Parteien im Ausgangspunkt beweisen können, ist das Fehlen der Voraussetzung fehlenden Einflusses auf die Beweislosigkeit für das Grossman'sche Schließen unschädlich.

Nehmen wir im Folgenden vereinfachend an, es entstünden bei den Parteien immer Beweismittel, die perfekt die Wahrheit anzeigten. Der Einsatz von Grossman'schem Schließen ohne Geltung der Beweisvereitelung setzt der beweisbelasteten Partei nur scheinbar einen Anreiz zur Beweismittelvernichtung. Wenn bei Beweislosigkeit aus dem Schweigen des Gegners geschlossen wird, kann man ihm scheinbar die Beweiskosten aufdrängen, indem man sich seiner



Beweismittel begibt. Die beweisbelastete Partei würde aber nicht einfach all ihre Beweismittel vernichten, damit das Gericht per Grossman'schem Schließen aus der Nichtvorlage durch den Gegner schließt. Denn die nicht beweisbelastete Partei würde sich – soweit sie die subjektive Beweislast als Belastung empfindet – gegen dieses Aufdrängen der subjektiven Beweislast ihrerseits durch die heimliche Vernichtung ihrer Beweismittel „wehren“. Wenn die nicht beweisbelastete Partei keine aussagekräftigen Beweismittel hat, ist das Grossman'sche Schließen nicht möglich. Dies antizipierend, würde die beweisbelastete Partei ihre Beweismittel lieber doch nicht zerstören. Grossman'sches Schließen allein wäre dann auf die Anreize der Beweiserhaltung gänzlich ohne Auswirkung und würde, weil die nicht beweisbelastete Partei keine Beweismittel erhalten würde, so dass sie nicht bis zum Prozess beweisfähig bliebe, selten zur Anwendung kommen.

Erst durch die Ergänzung um das Institut der Beweisvereitelung würde Grossman'sches Schließen die Beweiserhaltungsanreize tatsächlich umverteilen. Der Unterschied beschränkte sich aber auf die Tragung der Beweiskosten und hätte, soweit beide Parteien anfangs beweisfähig sind, keine Auswirkungen auf die Sachverhaltsfeststellung. Mit einer etwaigen Anwendung der Beweisvereitelung verlängert sich die Umverteilung der subjektiven Beweislast, die das Grossman'sche Schließen bewirkt, sozusagen in die Phase der Beweismittel-erhaltung. Wenn die nicht beweisbelastete Partei ihre Beweismittel schuldhaft beseitigte, schlösse man daraus zu Gunsten der beweisbelasteten Partei. Die beweisfähige, nicht beweisbelastete Partei würde daher ihre Beweismittel vernichten, wenn sie sie gegenüber dieser Entscheidung nicht besserstellten. Erhalten würde sie dagegen Beweismittel, die zu ihren Gunsten sprechen. Die an sich beweisbelastete Partei braucht in diesem Extremfall keine Beweismittel aufzubewahren. Wenn die beweisbelastete Partei Recht hat, gewinnt sie. Denn die nicht beweisbelastete Partei vernichtet ihre Beweismittel und es wird mit Hilfe der Beweisvereitelung zu Gunsten der beweisbelasteten Partei entschieden. Wenn die beweisbelastete Partei Unrecht hat, würde die nicht beweisbelastete ihre Beweismittel aufbewahren und gegenüber diesen könnten die Beweismittel der beweisbelasteten Partei auch nichts ausrichten. Die beweisbelastete Partei würde ihre Beweismittel vernichten und verlieren. Auch unter der Anwendung von Grossman'schem Schließen in Kombination mit der Beweisvereitelung würde also in der Regel zutreffend aufgeklärt. Verändern würde sich allein, dass nunmehr die nicht beweisbelastete Partei die Beweiskosten trüge.

*b) Die Wirkung der Voraussetzung fehlenden Einflusses auf die Beweislosigkeit, wenn eine Partei im Ausgangspunkt nicht beweisen kann*

Wenn aber in den beiden soeben geschilderten Situationen die Partei, die jeweils den Beweiserhaltungsanreiz hat, prinzipiell und ohne ihr Zutun nicht zum Be-

weis in der Lage ist, so dass der Anreiz gar nicht wirken kann, ändert dieser Umstand die Beweiserhaltungsanreize der Partei, die im Ausgangspunkt keinen Erhaltungsanreiz hatte, nicht im Geringsten. Sie gewinnt ja, wenn keine Partei über Beweismittel verfügt. Das ist vor dem Hintergrund des Aufklärungsziels des Beibringungsgrundsatzes ein unerwünschtes Ergebnis.

Bessere Aufklärung ließe sich erreichen, wenn sich die Beweiserhaltungsanreize darauf abstimmen ließen, ob der Gegner zum Beweis in der Lage ist oder nicht. Wenn der Kläger keine Beweismittel hat, sollte der Beklagte Beweiserhaltungs- und -vorlageanreize haben, was sich durch die Anwendung des Grossman'schen Schließens in Kombination mit der Beweisvereitelung erreichen ließe. Wenn der Beklagte kein Beweismittel hat, sollte aber umgekehrt der Kläger Beweiserhaltungs- und -vorlageanreize haben. Das würde man durch die heutige Rechtspraxis ohne Grossman'sches Schließen erreichen. Dieses Hin- und Herwechseln je nachdem, ob eine Partei prinzipiell nicht zum Beweis in der Lage war, kann nur das Merkmal fehlenden Einflusses auf die Beweislosigkeit gewährleisten.

Eine solche Regelung könnte aussehen wie folgt. Im Grundsatz gilt eine Regelung ohne Grossman'sches Schließen. Der Kläger hat den Beweiserhaltungs- und -vorlageanreiz. Diese Gestaltung hilft auch dem Fall ab, in dem der Beklagte ohne sein Zutun nicht über ein Beweismittel verfügt. Der Kläger legt vor, wenn er Recht hat, und verliert ohne Vorlage, wenn er Unrecht hat. Ob der Beklagte über ein Beweismittel verfügt, ist dann zweitrangig.

Aus dieser Regelung will man im Interesse der Sachverhaltsaufklärung nur herauswechseln, wenn man sicher ist, dass man damit nicht unter Umständen einem ohne sein Zutun beweislosen Beklagten die zutreffende Sachverhaltsaufklärung verstellt. Das bedeutet, dass man die Regelung nur wechseln will, wenn feststeht, dass der Kläger ohne sein Zutun beweislos ist und der Beklagte zumindest anfangs ein Beweismittel hatte. Genau diese Bedingungen beschreiben die Voraussetzungen des Grossman'schen Schließens unter Hinzunahme der Voraussetzung eines fehlenden Einflusses des Klägers auf seine Beweislosigkeit. Die Voraussetzung des fehlenden Einflusses ist daher unverzichtbar um zu gewährleisten, dass Grossman'sches Schließen der zutreffenden Sachverhaltsfeststellung dient und sie nicht verstellt.

Ein Beispiel für einen Fall, in dem das subsidiäre Grossman'sche Schließen angewandt werden könnte, wäre etwa das folgende: Es kam zu einem Unfall zwischen einem Pkw und einem Lkw. Der Pkw-Fahrer verklagt den Lkw-Halter mit der Behauptung, der Fahrer des Lkw sei viel zu schnell gefahren. Ein Gutachten über die Bremsspurmessung ist unergiebig. Der Lkw war mit einem Fahrtenschreiber ausgestattet, der auch die Geschwindigkeit zum unstreitigen Unfallzeitpunkt erfasst. Die Aufzeichnungen des Fahrtenschreibers legt der Halter des Lkw nicht vor und kann keine Gründe angeben, warum ihm eine Vorlage nicht möglich ist.

Nicht anwendbar wäre Grossman'sches Schließen aber in folgendem Fall: In einem Streit um einen Anspruch eines angeblichen Mieters aus einem Mietverhältnis, das der Kläger behauptet, will er das Mietverhältnis durch einen unterschriebenen Mietvertrag beweisen, der sich bei der Beklagten befindet. Auf die naheliegende Frage, warum er denn nicht selbst eine Ausfertigung besitze, antwortet der Kläger, er habe sein Exemplar in der Zwischenzeit verloren. Die Beklagte legt nicht vor. Hier hätte der Kläger nach eigenem Vortrag die Möglichkeit gehabt, sich ein Beweismittel zu sichern und ließ sie sich entgehen.

*c) Fehlender Einfluss ist fehlendes Mitverschulden an der Beweislosigkeit*

Bis hierher wurde so getan, als sei die Beweismittelerhaltung eine binäre Entscheidung: Man erhält oder man erhält nicht. Tatsächlich gibt es aber mannigfaltige Möglichkeiten, Beweise zu sichern. Und es gibt große und kleine Risiken, denen man seine Beweismittel aussetzen kann. Diese Kontinuen muss das entscheidende Gericht in eine binäre Entscheidung übertragen. Welche Möglichkeiten der Beweismittelsicherung muss die beweislose, aber beweisbelastete Partei genutzt haben, damit das Gericht Grossman'sches Schließen anwenden darf? Welche von der beweisbelasteten Partei prinzipiell beeinflussbaren Risiken des Beweismittelverlusts können sich realisieren, ohne dass dem Gericht der Weg in das Grossman'sche Schließen verschlossen wird? Schon aus Praktikabilitätsgründen ist hier in Analogie zu den bekannten Grundsätzen des Mitverschuldens zu entscheiden. Es ist zu fragen: Wie hätte eine vernünftige, sorgfältige Partei versucht, sich ihre Beweismittel im eigenen Interesse zu verschaffen und sie zu sichern? Wenn die Beweislosigkeit auch bei diesen Verschaffens- und Sicherungsbemühungen eingetreten wäre, dann kann Grossman'sches Schließen angewendet werden.

*d) Voraussetzung fehlenden Einflusses bedeutet praktisch Anwendung nur in Fällen typischer Beweislosigkeit der beweisbelasteten Partei*

Verlangt man von der beweisbelasteten Partei den Nachweis, dass sie ohne ihr Mitverschulden in Beweisnot geraten ist, schränkt das die Aufklärungswirksamkeit des Grossman'schen Schließens erheblich ein.

Der Beweis des fehlenden Mitverschuldens an der Beweislosigkeit, den die beweisbelastete Partei erbringen müsste, kann einen Beweis eines Bündels negativer Tatsachen bedeuten. Die Partei müsste einerseits beweisen, dass ihr keiner der vielen denkbaren Wege, sich ein Beweismittel zu verschaffen, offenstand. Ob eine sekundäre Darlegungslast diesen Beweis durch Einschränkung auf einen möglichen Beweisvernichtungshergang erleichtern könnte, erscheint sehr zweifelhaft, denn weder eine etwaige Beweismittelverschaffung noch eine Beweisvernichtung wird sich im Machtbereich der nicht beweisbelasteten Partei abgespielt haben. Der Gegner ist also eher schlechter informiert als die beweis-

belastete Partei, so dass eine sekundäre Darlegungslast ihm kaum zugemutet werden könnte. Der Beweis der angemessenen Sicherung eines einmal erlangten Beweismittels könnte dagegen unter Umständen leichter sein, wenn man nur beweisen muss, dass der konkrete, bekannte Untergang des Beweismittels ohne Mitverschulden der beweisbelasteten Partei geschehen ist. Schwierig wäre es allerdings wiederum zu beweisen, dass ein Beweismittel, das aus ungeklärten Gründen untergegangen ist, immer mitverschuldensfrei gesichert war.

Helfen würden der beweisbelasteten Partei sicher Erfahrungssätze. Dem Kartellgeschädigten fehlt zum Beweis des Kartellpreisaufschlags *typischerweise* die Preiskalkulation des Kartellanten. Wer betrogen wird und die Täuschung nicht bemerkt, wird sie nicht dokumentieren und typischerweise beweislos sein. Und wenn der Beteiligte, der als Einziger eine Kamera dabei hat, auf Geheiß der Polizei schon vor ihrem Eintreffen Fotos vom Auffahrunfall macht, damit die enge Baustellendurchfahrt sofort wieder freigegeben werden kann, hat sein Gegner keine Möglichkeit, selbst Beweismittel zum Unfallhergang zu beschaffen.<sup>2</sup> Fälle *typischer* Beweislosigkeit der beweisbelasteten Partei ließen sich also ohne weiteres auch unter einer Voraussetzung fehlenden Mitverschuldens für die Beweislosigkeit mit Hilfe des Grossman'schen Schließens lösen. In Fällen, in denen die Beweislosigkeit der beweisbelasteten Partei unverschuldet, aber idiosynkratischen Charakters ist, ließe sich das fehlende Verschulden angesichts der erforderlichen *probatio diabolica* praktisch selten nachweisen.

Das zeigt, dass die Lösung, die Grossman'sches Schließen bietet, nicht perfekt ist. Eine bessere Lösung ist aber wohl nicht erreichbar. Das Beweisrecht regelt den Umgang mit Unsicherheit. Man kann eben nicht auf Umstände konditionieren, die nicht erkennbar sind, und zu deren Preisgabe bzw. Zugeständnis die Parteien keinen Anreiz haben. Perfekte Einzelfallgerechtigkeit ist daher unerreichbar.

#### e) Ergebnis

Im Ergebnis ist also für die Anwendung des strategischen Skeptizismus ganz in Parallele zum Rechtsinstitut der sekundären Darlegungslast zu verlangen, dass die beweisbelastete Partei ohne Mitverschulden beweislos war.

### 2. Die Beweismöglichkeit des Gegners

Die zweite – ebenso offensichtliche – Voraussetzung für Grossman'sches Schließen ist, dass die nicht beweisbelastete Partei zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit (für Details vgl. vorn § 7 V.2. d)) auf ein aussagekräftiges Beweismittel zugreifen kann. Diese Voraussetzung ist streng genommen gar keine Voraussetzung, sondern schon Teil der Anwendung des Grossman'schen Schließens.

<sup>2</sup> Vgl. zu diesem Fall von *Gottwald* hinten § 10 I. 1.

Das Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei ist nur aufschlussreich, wenn der skeptische Richter davon ausgehen kann, dass die Partei ein Beweismittel vorgelegt hätte, hätten sich die Dinge anders zugetragen als von ihm provisorisch unterstellt. Ist die Wahrscheinlichkeit des Beweismittelzugriffs nicht hoch genug, kann sich ihr Schweigen auch aus anderen Umständen als dem Inhalt des Beweismittels erklären. Trotzdem schadet es nicht, die hohe Wahrscheinlichkeit des Beweismittelzugriffs als Voraussetzung zu behandeln.

Die bloß prinzipielle oder theoretische Möglichkeit der Vorlage genügt natürlich nicht. Im Rahmen der sekundären Darlegungslast wird das Kriterium der Aufklärungsmöglichkeit durch Zumutbarkeitserwägungen präzisiert. Wie oben am Beispiel der durch die beklagte Partnervermittlung verweigerten ladungsfähigen Anschrift eines nur ihr bekannten Zeugen illustriert, sind normative Zumutbarkeitserwägungen zur Anwendung des strategischen Skeptizismus nicht anzustellen. Es kommt nicht darauf an, ob das Gericht die Vorlage zumutbar findet. Es kommt darauf an, ob die nicht beweisbelastete Partei wahrscheinlich vorlegen würde, wenn der Inhalt des Beweismittels gegenüber der skeptischen Haltung des Richters eine Verbesserung für sie bedeuten würde. Diese Erwägung ist rein tatsächlich und nicht wertend. Die Beweismittelvorlage muss also nicht nur möglich sein, sie muss unter der Bedingung, dass der Inhalt des Beweismittels für die nicht beweisbelastete Partei günstiger ist als der Skeptizismus des Richters, tatsächlich zu erwarten sein. Das ist – wie auch oben im Beispiel der Partnervermittlung – etwa dann nicht der Fall, wenn die nicht beweisbelastete Partei zwar ein Beweismittel hat, das aussagekräftig ist, dessen Vorlage die Partei aber mehr kostet, als der Prozesserverfolg ihr nutzt. Auch in diesem Fall weiß der Richter nämlich, dass die betreffende Partei das Beweismittel unter Anwendung eines strategischen Skeptizismus weder vorlegen würde, wenn sie Recht hätte, noch, wenn sie Unrecht hätte. Wenn die Partei aber unabhängig vom Inhalt des Beweismittels nie vorlegen würde, kann man aus ihrem Schweigen nicht auf den Inhalt des Beweismittels schließen.

### 3. *Substantiiertes Vortrag*

Die Würdigung des Schweigens der nicht beweisbelasteten Partei nach den Grundsätzen des Grossman'schen Schließens beweist. Schon deshalb ist substantiiertes Vortrag der beweisbelasteten Partei nach den allgemeinen Grundsätzen als Voraussetzung des Schließens aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei zwingend erforderlich. Der Grund, warum auf substantiierten Vortrag zur Sache als Voraussetzung des Schließens nicht verzichtet werden kann, liegt aber noch tiefer. Der Richter muss ja im Rahmen seines strategischen Skeptizismus als „Arbeitshypothese“ annehmen, der reale Sachverhalt sei der nicht beweisbelasteten Partei maximal ungünstig. Maximal ungünstig ist der nicht beweisbelasteten Partei das Zutreffen des Sachvortrags der beweisbelasteten

Partei. Um strategisch skeptisch sein zu können, ist der Richter also notwendig auf eine Sachverhaltsschilderung der beweisbelasteten Partei angewiesen, die eine Subsumtion unter die Anspruchsgrundlage zulässt und dem Urteil, soweit sich aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei ergibt, dass sie zutrifft, eine ausreichende Tatsachengrundlage liefert. Keinesfalls darf der Richter selbst einen möglichen Sachverhalt erdenken und ihn als den der nicht beweisbelasteten Partei maximal nachteiligen unterstellen. Damit verliere der Richter den Boden des Beibringungsgrundsatzes und praktizierte Amtsermittlung. Wäre das nur ein dogmatischer Unterschied, mag man das für unproblematisch halten. Aber die günstige Nutzung der privaten Information setzt voraus, dass der Richter allenfalls dort, wo es unausweichlich ist, selbst als strategischer Akteur, und dort auch nur auf wohl vorhersehbare Weise in Erscheinung tritt. Steckt der Richter eigenmächtig die Grenzen des Möglichkeitsraums ab, über den nun die Beweiswürdigung eine Wahrscheinlichkeitsverteilung legen soll, so begäbe er sich der fruchtbaren Wirkung des Interessengegensatzes, der dem Richter, wie *Milgrom* und *Roberts* gezeigt haben, die wichtigen Dimensionen des Streits erst erhellt. Das ist misslich, denn der Richter selbst kann ja im Ausgangspunkt nichts über den dem Streit der Parteien zu Grunde liegenden Sachverhalt wissen. Greift der Richter außerdem unvorhersehbar in die Sachverhaltsermittlung ein, zerstört er möglicherweise die Gleichgewichtszustände, da die Parteien sich irgendwelche Erwartungen über das Verhalten des Richters machen – und diese müssen keinesfalls die gleichen sein. Substantiiertes Vortragen der beweisbelasteten Partei zur Sache ist also die dritte Voraussetzung der Anwendung von Grossman'schem Schließen. Dabei sind auf die Substantiierung die allgemeinen Regeln und mit ihnen auch die sekundäre Darlegungslast anzuwenden.

#### 4. Ergebnis: Die drei Voraussetzungen Grossman'schen Schließens

Damit bleibt es für die Anwendung des Grossman'schen Schließens bei drei Voraussetzungen, die die beweisbelastete Partei darlegen und beweisen muss: Die beweisbelastete Partei hat keinen Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel, so dass sich Vereinigungsmethode nicht mehr sinnvoll anwenden lässt, und die beweisbelastete Partei hat diese Beweislosigkeit nicht mitverschuldet („Subsidiarität“). Die nicht beweisbelastete Partei hat realistischen Zugang zu einem aussagekräftigen Beweismittel. Ein realistischer Zugang ist immer dann gegeben, wenn die Partei das Beweismittel im Prozess vorlegen würde, wenn es sie im Prozess vom strategischen Skeptizismus des Richters entlasten würde. Ein realistischer Zugang besteht also zum Beispiel schon dann nicht, wenn die Kosten der Beweismittelvorlage den Streitwert übersteigen („tatsächliche Beweismöglichkeit“). Schließlich ist Voraussetzung für die Anwendung des Grossman'schen Schließens, dass die beweisbelastete Partei nach den allgemeinen Grundsätzen substantiiert zur Sache vorgetragen hat („Substantiierung“). Der

Schluss aus Schweigen erfordert hinsichtlich des zweiten Merkmals (Beweismöglichkeit) nicht notwendig einen Beweis zur vollen Überzeugung des Gerichts. Vielmehr hängt die erforderliche Beweisstärke für dieses Merkmal von der Anfangswahrscheinlichkeit für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals ab. Diese kann im Einzelfall variieren. Als Daumenregel kann man sich merken: Ist die Anfangswahrscheinlichkeit erhöht, genügt für den Beweismittelzugang schon eine bloß hohe Wahrscheinlichkeit, die das Beweismaß noch nicht übersteigt.

## II. Schließen aus Schweigen ist dem Richter geboten

Es ist nun gezeigt, dass in der zivilgerichtlichen Sachverhaltsaufklärung nichts gegen die Anwendung des Grossman'schen Schließens spricht und unter welchen Voraussetzungen sie zulässig ist. Aber es besteht darüber hinaus, wie nun darzulegen ist, ein wertendes Argument, das klarmacht, dass die Überwälzung der subjektiven Beweislast durch die Wahl eines strategischen Skeptizismus dem Richter nicht nur erlaubt, sondern bei Vorliegen der Voraussetzungen sogar geboten ist. Die skeptische Haltung des Richters ist durch die Legitimation des Beibringungsgrundsatzes mitgerechtfertigt. Deshalb wäre im Gegenteil die Entscheidung des Richters, das Grossman'sche Schließen nicht zu nutzen, im Einzelfall rechtfertigungsbedürftig.

Gegeben, dass der Richter, wie gesehen, irgendeine Haltung wählen muss, ist die Frage nicht, *ob* er eine Haltung wählen soll, sondern *welche* Haltung der Rolle des Richters im Prozess entspricht. Für den Vorzug einer gutgläubigen Haltung könnten natürlich Interessen an der Geheimhaltung von Informationen der nicht beweisbelasteten Partei sprechen. Typischerweise ist die nicht beweisbelastete Partei die Beklagte. Ihr wird der Rechtsstreit aufgezwungen, und mehr Informationen als zur Entscheidung unerlässlich sollten ihr daher nicht abgenötigt werden. Aber die schweigende, nicht beweisbelastete Partei entscheidet selbst, was sie offenbart, und sie wird nur genau so viel offenbaren, wie zur Widerlegung der skeptischen Haltung des Richters gerade notwendig. Überschießende Information wird daher grundsätzlich nicht erhoben.<sup>3</sup> Soweit aber die Information für die Entscheidung relevant ist, ist die Partei gemäß § 138 I ZPO zur vollständigen Erklärung verpflichtet, so dass die Akzeptanz einer Informationszurückhaltung und nicht ihre Erhebung im Einzelfall rechtfertigungsbedürftig ist.

Die Privatautonomie der nicht beweisbelasteten Partei kann diese ebenfalls nicht vor der skeptischen Haltung des Richters schützen. Schon vorne in der

---

<sup>3</sup> Zu Fällen, in denen die Informationserhebung etwa notwendig mit der Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen verbunden ist, so dass die Offenbarung vor dem Gericht nicht mehr umsonst oder zumindest kostengünstig ist, siehe hinten § 10 II. 2.

Begründung der Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes wurde gezeigt, dass die Privatautonomie im Prozess deswegen keinen Vorrang vor der Wahrheitsermittlung haben kann, weil sie dann Rechtspositionen, auf denen sie in der materiellen Dimension des Rechts beruht, in der prozessualen Dimension aushöhlen würde. Deshalb fallen funktionale und wertgeleitete Rechtfertigung zusammen. Entsprechendes gilt mit Blick auf die Beweiswürdigung des Richters. Der Richter muss sich unausweichlich für eine Haltung gegenüber der allein informierten, nicht beweisbelasteten Partei entscheiden. Angesichts der Funktion des Beibringungsgrundsatzes als Aufklärungsmittel muss er die Haltung wählen, die den Sachverhalt eher aufklärt: die skeptische.

Man kann noch schärfer formulieren. Weil der Beibringungsgrundsatz allein als funktionales Mittel zur kostengünstigen und zutreffenden Aufklärung des Sachverhalts gerechtfertigt werden kann, würde seine Rechtfertigung in sich zusammenfallen, wenn er strukturell in einer wichtigen Klasse von Fällen kostengünstige und zutreffende Sachverhaltsaufklärung nicht leisten könnte. Genau dies wäre aber der Fall, beschränkte man den Beibringungsgrundsatz auf die „Vereinigungsfeststellung“. Asymmetrische Verteilung der Beweismittel ist ein ausgesprochen häufiges Phänomen. Oft ist gerade der Beklagte – etwa der Deliktsschädiger – derjenige, der typischerweise allein Zugriff auf Beweismittel hat, weil das anspruchsbegründende Verhalten, vielleicht gar unter Vornahme von Verdeckungshandlungen, in seiner „Sphäre“ stattgefunden hat. Der Beibringungsgrundsatz kann als Prozessmaxime nur aufrechterhalten werden, wenn die durch ihn versprochene Aufklärung in diesen Fällen nicht vorhersehbar auf ganzer Linie versagt. Ein solches Versagen lässt sich nur abwenden, wenn man anerkennt, dass die Nutzung von Grossman'schem Schließen zum Schließen aus Schweigen als sein zweiter Wirkmechanismus einen elementaren Bestandteil des Beibringungsgrundsatzes darstellt. Es ist also der Beibringungsgrundsatz selbst, der dem Richter gebietet, bei Vorliegen der Voraussetzungen Grossman'sches Schließen anzuwenden.

### III. Die Revisibilität der Anwendung des strategischen Skeptizismus

Die strategisch skeptische Haltung des Richters im Falle einer möglichen subsidiären Anwendung des Grossman'schen Schließens im Prozess ist damit einerseits eine Verpflichtung, andererseits Bestandteil der Beweiswürdigung, die ausweislich des § 286 ZPO bekanntlich „frei“ ist. Auch die Begründung der Beweiswürdigung ist Pflicht, wird aber nur eingeschränkt überprüft. Damit stellt sich die Frage nach der Revisibilität der richterlichen Entscheidungen im Rahmen des Grossman'schen Schließens.

Das Tatgericht trifft bei Anwendung oder Nichtanwendung des strategischen Skeptizismus letztlich zwei Entscheidungen. Es entscheidet über die Wahl



seiner Haltung gegenüber dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei, und es zieht aus der Reaktion der nicht beweisbelasteten Partei auf die richterliche Haltung epistemische Schlüsse, die es auf Annahmen über das Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei stützt. Beide Entscheidungen verschmelzen im Grossman'schen Schließen zu einer sich selbst stützenden Überzeugung: Wenn man eine skeptische Haltung wählt, legt man sich damit schon fest, später einen bestimmten epistemischen Schluss aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei zu ziehen. Dennoch, so scheint mir, müssen die beiden Entscheidungen im Hinblick auf ihre Revisibilität konzeptionell unterschiedlich behandelt werden. Nur soweit beide überprüfbar sind, ist Grossman'sches Schließen als Ganzes Gegenstand der Revision.

### 1. Die Prüfung der Beweiswürdigung in der Revision

Die Revision prüft das Urteil auf fehlerhafte Rechtsanwendung (§ 545 I ZPO). Sie dient der einheitlichen Handhabung des Rechts<sup>4</sup> und dessen Fortbildung.<sup>5</sup> Daneben soll aber auch die Wahrung von Einzelfallgerechtigkeit ein Zweck der Überprüfung von Urteilen durch die Revisionsinstanz sein.<sup>6</sup> Weil grundsätzlich nur Rechtsverletzungen revisibel sind, sind Tatsachenfeststellungen mit der Revision nur insoweit angreifbar, als sie auf rechtswidrige Weise zustande gekommen sind.<sup>7</sup> Weil die Beweiswürdigung aber gemäß § 286 ZPO frei ist, ist sie grundsätzlich der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen.<sup>8</sup> Das Revisionsgericht prüft daher nur, ob sich das Tatgericht mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, und ob es sein Beweisergebnis ohne Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze erreicht hat.<sup>9</sup> All diese Fehler der Beweiswürdigung sollen nach heutiger Auffassung einen Verstoß gegen § 286 ZPO und damit eine Rechtsverletzung darstellen.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1013; Zöller/Heßler, Vor § 542 ZPO Rn. 1; Zöller/Heßler, § 546 ZPO Rn. 1.

<sup>5</sup> Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1013.

<sup>6</sup> Zöller/Heßler, Vor § 542 ZPO Rn. 1, 5.

<sup>7</sup> Zöller/Heßler, Vor § 542 ZPO Rn. 1; Zöller/Heßler, § 546 ZPO Rn. 1.

<sup>8</sup> BGH NJW 2013, 3642, 3643 (Rn. 19); BGH NJW 1993, 935, 937; BGH NJW 1987, 1557, 1558; Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 23.

<sup>9</sup> BGH NJW 2013, 3642, 3643 (Rn. 19); BGH NJW-RR 2010, 839, 841 (Rn. 18); BGH NJW 1993, 935, 937; BGH NJW 1987, 1557, 1558; Geipel, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, 1–7, 3; Zöller/Heßler, § 546 ZPO Rn. 13; Kollbosser, AcP 1965, 46–83, 54; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 22; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 68; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 76; Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 33. Anders aber Zöller/Greger, § 286 ZPO Rn. 13c, 23, der den Richter durch § 286 ZPO nur für an Erfahrungsgesetze gebunden hält, die im Unterschied zu einfachen Erfahrungssätzen ausnahmslose Geltung beanspruchen können sollen. Entsprechend will er auch nur die Anwendung von Erfahrungsgesetzen der revisionsgerichtlichen Kontrolle unterwerfen.

<sup>10</sup> BGH NJW-RR 2010, 839, 841 (Rn. 18); BGH NJW 1993, 935, 937; BGH NJW 1987, 1557, 1558; weniger deutlich auch BGH NJW 2013, 3642, 3643 (Rn. 19); speziell für Erfah-

Die entscheidende Weichenstellung für die faktische Einschränkung der Freiheit der Beweiswürdigung durch die Revisibilität von Denkgesetzen und Erfahrungssätzen ist die Auslegung des Begriffs der richterlichen Überzeugung im Sinne von § 286 I ZPO. Wenn dieser Überzeugungsbegriff im Sinne einer *conviction raisonnée* auszulegen ist, die schon selbst dadurch objektiviert wird, dass der Richter sie im Einklang mit Erfahrungssätzen bildet, dann liegt hierin die dogmatische Begründung für eine Kontrolle der Beweiswürdigung auf Vereinbarkeit mit Erfahrungssätzen.<sup>11</sup>

Es bleibt aber ein Problem. Eine umfassende Kontrolle der Beweiswürdigung auf Vereinbarkeit mit Erfahrungssätzen, die das Revisionsgericht für zutreffend hält, ließe keinen Raum für freie Beweiswürdigung. Erfahrungssätze – unser verallgemeinertes Wissen über die Welt – sind Grundlage jeder Beweiswürdigung. In Begriffen der Wahrscheinlichkeit gesprochen: Wir bilden sowohl unsere Anfangswahrscheinlichkeiten als auch unsere Likelihoods auf der Grundlage unseres verallgemeinerten Weltwissens. Wenn das Revisionsgericht sowohl seine Werte der Anfangswahrscheinlichkeiten als auch die seiner Likelihoods an die Stelle derer des Tatgerichts setzen dürfte, könnte es die Beweiswürdigung des Tatgerichts vollständig durch seine eigene ersetzen.<sup>12</sup> Eine Kontrolle auf Vereinbarkeit mit allen in den Augen des Revisionsgerichts zutreffenden Erfahrungssätzen würde also in der Tat keinen Raum mehr für eine *freie* Beweiswürdigung des Tatgerichts lassen. Es ist daher notwendig, die Kontrolle, welche das Revisionsgericht über die Vereinbarkeit der Beweiswürdigung mit Erfahrungssätzen ausübt, zu beschränken, um die von § 286 I ZPO angeordnete freie Beweiswürdigung überhaupt zu ermöglichen.<sup>13</sup> Das Ergebnis der Suche nach praktischer Konkordanz ist die Beschränkung der Revision auf Erfahrungssätze, die den Anscheinsbeweis stützen.

## 2. Die Revisibilität der Wahl der skeptischen Haltung

Die Wahl einer skeptischen Haltung allein ist relativ unproblematisch revisibel. Die skeptische Haltung wird durch die Wertung des Beibringungsgrundsatzes angeordnet. Im Beibringungsgrundsatz findet der Zweck der zutreffenden Sachverhaltsaufklärung Ausdruck, die in den Fällen, in denen der strategische Skep-

---

rungssätze *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 111; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 410f.

<sup>11</sup> *Gottwald*, in: Fankhauser/Widmer Lüchinger/Kingler u. a. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, 125–136, 130. *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 61 belegt, dass schon *Savigny* der Revision trotz der Freiheit der Beweiswürdigung die Überprüfung der Beweiswürdigung auf Vereinbarkeit mit Denkgesetzen und Erfahrungssätzen erlauben wollte.

<sup>12</sup> Vgl. vorn § 3 zur Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten als Modell der Beweiswürdigung.

<sup>13</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 407.

tizismus Anwendung findet, nur mithilfe einer skeptischen Haltung erreichbar ist. Durch die Wahl einer gutgläubigen Haltung bei Vorliegen der Voraussetzungen des Grossman'schen Schließens wird daher der Beibringungsgrundsatz selbst verletzt. Ergänzend kann man auch von einer Verletzung des Justizgewähranspruchs und des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz ausgehen, weil der Richter, der bei Vorliegen der Voraussetzungen des Grossman'schen Schließens eine gutgläubige Haltung wählt, eine mögliche und rechtlich zulässige Sachverhaltsaufklärung verweigert. Die Nichtanwendung des strategischen Skeptizismus trotz Vorliegens seiner Voraussetzungen stellt damit eine Rechtsverletzung dar.

Dasselbe gilt spiegelbildlich für die Wahl einer skeptischen Haltung trotz Nichtvorliegens der Voraussetzungen für das Funktionieren des Grossman'schen Schließens. Verletzt der Richter die Subsidiarität des Grossman'schen Schließens, ist das eine Beeinträchtigung der vom Beibringungsgrundsatz bezweckten Sachverhaltsaufklärung, weil das Verhalten des Richters die zuverlässige Nutzung der weniger fehleranfälligen Vereinigungsmethode unterminiert und die Beweiserhaltungsanreize der Parteien durcheinanderbringt. Fehlt es an der Beweismöglichkeit des Beklagten, obstruiert eine skeptische Haltung des Richters gegen den beweislosen Beklagten auf offensichtliche Weise die vom Beibringungsgrundsatz bezweckte Wahrheitsfindung. Und wendet der Richter Grossman'sches Schließen an, ohne dass substantiiertes Vortrag vorlag, muss er eigenmächtig Vortrag ergänzen oder schaffen, was offensichtlich gegen den Beibringungsgrundsatz verstieße. Sowohl die Anwendung einer skeptischen Haltung mangels Voraussetzungen als auch umgekehrt ihre Nichtanwendung trotz Vorliegens der Voraussetzungen bedeuten daher einen Rechtsverstoß gegen den Beibringungsgrundsatz und wären, könnte man die Wahl der Haltung allein überprüfen, revisibel.

### *3. Die Revisibilität der Folgerung aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei*

Mit der skeptischen Haltung unmittelbar verbunden ist die epistemische Folgerung des Richters aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei. Wenn die Partei angesichts seiner skeptischen Haltung schweigt, weiß er, dass seine skeptische Haltung eine zutreffende Überzeugung ist. Diese Schlussfolgerung ist Beweiswürdigung. Prinzipiell wäre es also denkbar, den epistemischen Schluss der freien Beweiswürdigung des Richters anheimzugeben. Einige Richter würden aufgrund ihres gesamten Erfahrungswissens meinen, im Einklang mit dem Grossman'schen Schließen würdigen zu können, und andere würden diese Auffassung eben nicht teilen. Dann aber wäre auch die Revisibilität der skeptischen Haltung verloren. Es kann sich nur auf eine skeptische Haltung festlegen, wer auch meint, später aus dem Schweigen zutreffend schließen zu können.

Der epistemische Schluss aus dem Schweigen könnte aber revisibel sein, wenn ihm ein Erfahrungssatz zu Grunde liegt, der stark genug ist, um einen Anscheinsbeweis zu tragen, denn das „Rechtsinstitut“ des Anscheinsbeweises bezeichnet am Ende nur die Gesamtmenge revisibler Erfahrungssätze. Damit stellen sich vier Fragen: Was ist ein Anscheinsbeweis eigentlich? Inwieweit wird die Anwendung von Erfahrungssätzen in der Form des Anscheinsbeweises der Revision unterworfen? Ist der Schluss aus Schweigen, der letztlich auf die Rationalitätsannahme über das Partieverhalten zurückgeht, ein Erfahrungssatz, der einen Anscheinsbeweis tragen kann? Wie weit kann eine etwaige Revision des Grossman'schen Schließens die Würdigung des Schweigens durch den Richter überprüfen?

a) *Der Anscheinsbeweis*

Der Anscheinsbeweis ist immer noch umstritten. Zutreffenderweise besteht er in der Heranziehung eines Erfahrungssatzes, der so stark ist, dass er die Überzeugung des Gerichts schon vor der Beweisaufnahme über die Haupttatsache über die Schwelle des Beweismaßes hebt, soweit die Hilfstatsache feststeht.<sup>14</sup> Die Rechtsfolge des Anscheinsbeweises ist allgemein damit beschrieben worden, dass er dem Tatrichter gestatte, von einer feststehenden Ursache auf eine in Streit stehende Wirkung oder andersherum von einer feststehenden Wirkung auf eine in Streit stehende Ursache zu schließen.<sup>15</sup> Beide Schlüsse ziehen Richter in ihrer Überzeugungsbildung notwendig aus Erfahrungssätzen – mit und ohne Anscheinsbeweis.<sup>16</sup> Die Anwendung des Anscheinsbeweises hat keine spezifischen Rechtsfolgen, sondern erschöpft sich in der konsequenten Anwendung der Grundsätze über die Beweiswürdigung.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> *Schweizer* hat offenbar als Erster die Struktur des Anscheinsbeweises in den Begriffen subjektiver Wahrscheinlichkeiten als Fall beschrieben, in dem die Anfangswahrscheinlichkeit das Beweismaß übersteigt, so dass weitere Beweiserhebungen entbehrlich sind, es sei denn, der Gegner der durch den Anscheinsbeweis begünstigten Partei trägt Tatsachen vor, die die Wahrscheinlichkeit wieder unter das Beweismaß senken könnten, *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 171. Zuvor hatte AK-ZPO/*Rüßmann*, § 286 ZPO Rn. 23 schon vermutet, dass „sich der Anscheinsbeweis als ein Argument rekonstruieren [lässt], in dem ein statistischer Erfahrungssatz“ einen „deutlich über 0,5 liegenden Wahrscheinlichkeitswert“ vermittelt.

<sup>15</sup> BGH NJW 2013, 2901, 2904 (Rn. 27); BGH NJW 2010, 1072 (Rn. 8); *Diederichsen*, VersR 1966, 211–222, 213; AK-ZPO/*Rüßmann*, § 286 ZPO Rn. 22; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 171 f., je mit weiteren Nachweisen.

<sup>16</sup> MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 51.

<sup>17</sup> Jüngst BGH BeckRS 2018, 33435, Rn. 50: „Der Beweis des ersten Anscheins ist eine typisierte Form des Indizienbeweises.“ Ferner BGH NJW 1993, 3259 f.; BGH NJW 1951, 360; Laufs/*Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier*, Passivlegitimation und Beweisrecht Rn. 66; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 54 f.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 110; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 177 ff.; Stein/Jonas-ZPO/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 214 je m. w. N.

Diese Ansicht wird bestritten. Nicht mehr vertreten<sup>18</sup> wird heute, dass der Anscheinsbeweis die Beweislast umkehrt: Der Anscheinsbeweis begründet keine Vermutung.<sup>19</sup> Noch vertreten wird aber, dass der Anscheinsbeweis über die normale Beweiswürdigung hinausgehe, weil seine Anwendung zu einer Absenkung des Beweismaßes führe. Diese Ansicht ist unzutreffend. Die Diskussion um diesen Punkt ist zentral. Zwar stehen die Meinungen hier nicht diametral gegeneinander. Mit dem Charakter des Anscheinsbeweises als Form der Beweiswürdigung ist es durchaus verträglich, dass auch das Beweismaß abgesenkt wird.<sup>20</sup> Umstritten ist aber, ob der Anscheinsbeweis immer und notwendig eine Beweismaßabsenkung nach sich zieht. Die Ansicht, dass mit dem Anscheinsbeweis notwendig das Beweismaß abgesenkt werde, wird in drei Ausprägungen vertreten: Nach einer Ausprägung sei der Anscheinsbeweis Ausdruck eines flexiblen Beweismaßes, nach einer zweiten sei das Beweismaß fix, aber mit dem Anscheinsbeweis gehe immer eine Beweismaßabsenkung einher, und nach einer

<sup>18</sup> Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn. 6; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 53: „heute nur noch selten vertretene Auffassung“.

<sup>19</sup> Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 41–42; Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 167–168; Saenger-ZPO/Saenger, § 286 ZPO Rn. 39. Dagegen allein allenfalls noch Galle, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2016, 214–220.

Zur Begründung ist etwa vorgetragen worden, der Anscheinsbeweis sei zu sehr in den Umständen des Einzelfalls verhaftet, als dass er als abstrakt-generelle Regelung der Beweislast gelten könnte, Kraatz, Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung: Zum „strafprozessualen“ Anscheinsbeweis, 82, dazu auch Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 42–43 m. w. N. und Kritik an diesem Argument.

Auch genüge zur Erschütterung des Anscheinsbeweises ein Gegenbeweis. Eine Beweislastumkehr sei damit nicht in Einklang zu bringen. Ein Hauptbeweis einer Partei könne durch Gegenbeweis entkräftet werden. Schaffe die mit dem Hauptbeweis belastete Partei durch Erbringung des Hauptbeweises eine Überzeugung des Gerichts, die über der Schwelle des Beweismaßes liegt, so bleibe dem Gegner, selbst wenn es ausgeschlossen erscheine, das Gericht positiv vom Gegenteil zu überzeugen, noch die Chance einen Gegenbeweis zu erbringen und mit ihm die Überzeugung des Gerichts wieder unter die Schwelle des Beweismaßes zu senken. Dann sei im Ergebnis nichts bewiesen und es trete ein *non liquet* ein. Nach einer Beweislastumkehr – wie etwa einer gesetzlichen Vermutung – könne der durch sie belastete Gegner mit einem bloßen Gegenbeweis nichts mehr ausrichten. Die Beweislastumkehrbürde ihm die volle (objektive und subjektive) Beweislast auf. Er müsse nun das Gericht positiv vom Vorliegen der für ihn günstigen Tatsache überzeugen. Daher sei er allein auf den Beweis des Gegenteils verwiesen. Zur Entkräftung des Anscheinsbeweises sei nach allgemeiner Ansicht nur eine „Erschütterung“ erforderlich, das sei weniger als ein Beweis des Gegenteils, was gegen eine Beweislastumkehr spreche (zum Ganzen MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 53).

Der Anscheinsbeweis solle auch gerade *beweisen*. Nach seiner Anwendung stelle das Gericht den Sachverhalt dem Beweis entsprechend positiv fest. Ein *non liquet* liege daher nicht vor. Ein solches wäre aber gerade die Voraussetzung der Anwendung der Beweislast. Auch aus diesem Grund betreffe der Anscheinsbeweis die Beweislast nicht (Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 41–42; Diederichsen, VersR 1966, 211–222, 212; Greger, VersR 1980, 1091–1104, 1102; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 29; MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 53; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 175).

<sup>20</sup> Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 60.

dritten bedeute der Anscheinsbeweis eine Veränderung der materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen dahingehend, dass bloß das wahrscheinliche Vorliegen des Tatbestandsmerkmal verlangt sei.<sup>21</sup> Diese Diskussion ist zentral, weil in ihr die Vorentscheidung für alle weiteren Diskussionen um den Anscheinsbeweis getroffen wird. Insbesondere bestimmt diese Diskussion die Rechtsgrundlage des Anscheinsbeweises. Ist der Anscheinsbeweis bloße Praxis der Beweiswürdigung, kann er sich ohne weiteres auf § 286 ZPO stützen. Geht dagegen mit ihm notwendig eine Beweismaßabsenkung einher, so entsteht zusätzlicher Legitimationsbedarf, den andere Rechtsgrundlagen abdecken müssen.

Das Beweismaß ist jedoch nicht flexibel, weil sonst schwer einzusehen wäre, warum das Gesetz Beweismaßabsenkungen enthält, wenn der Richter diese doch eigenmächtig vornehmen könnte.<sup>22</sup> Die notwendige Beweismaßabsenkung wird häufig aufgrund einer Rechtsprechungsauswertung behauptet. In den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen erreiche der Anscheinsbeweis eben oft nicht das Regelpeweismaß.<sup>23</sup> Aber erstens könnte eine etwaige Beweismaß-

<sup>21</sup> Die Lehre, dass der Anscheinsbeweis notwendig das Beweismaß absenke, wird in drei Ausprägungen vertreten.

Eine Strömung meint, nicht der Anscheinsbeweis senke das Beweismaß, sondern er sei nur ein anschaulicher Fall des Umstands, dass das Beweismaß ohnehin im Ermessen des Richters stehe und damit flexibel sei (*Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 50, 65–66; unter dem Vorbehalt einer entsprechend angepassten Juristenausbildung auch *AK-ZPO/Rießmann*, § 286 ZPO Rn. 21).

Auch wird vertreten, dass der Anscheinsbeweis das abstrakt-generell festgelegte Beweismaß absenke (*Braun*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 741; *Musielak/Voit/Foerste*, § 286 ZPO Rn. 24).

Eine dritte Ansicht hält das Beweismaß für generell abstrakt bestimmt und meint, es sei nicht nur der Disposition des individuellen Richters, sondern auch der des Richter- oder Gewohnheitsrechts entzogen. Der Anscheinsbeweis sei vielmehr eine Veränderung des materiellen Rechts, derart, dass nicht mehr das Vorliegen, sondern nur noch die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer Tatsache die Rechtsfolge auslöse (*Greger*, *VersR* 1980, 1091–1104, 1102f.). Diese Ansicht beschreibt formal keine Beweismaßabsenkung, denn die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der Tatsache muss ihrerseits mit hoher Wahrscheinlichkeit feststehen. Aber es ist offensichtlich, dass die Wirkung dieselbe ist wie die einer Beweismaßabsenkung: Im Hinblick auf die Wirkung ist es egal, ob man die Anforderungen an den Beweis durch das Beweismaß senkt oder durch die Beschreibung des zu beweisenden Tatbestandsmerkmals als ein überwiegend wahrscheinliches Vorliegen eines tatsächlichen Umstands.

<sup>22</sup> So auch *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 60–61; *Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen*, § 286 ZPO Rn. 23; *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 17, 28; *Stein/Jonas-ZPO/Thole*, § 286 ZPO Rn. 8.

<sup>23</sup> Vor allem *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 120–128, der viele Urteile zum Anscheinsbeweis sehr gründlich auf Einhaltung des Beweismaßes prüft. Allerdings bestimmt er die Überzeugung nicht immer zutreffend. Im Lues I-Fall bestehen zum Beispiel Erfahrungssätze, die eine Überwindung des Regelpeweismaßes ermöglichen (vgl. hinten § 5 IV. 4.). *Diederichsen*, *VersR* 1966, 211–222, 214, für dessen Schlussfolgerung der faktischen Beweislastumkehr durch den Anscheinsbeweis das *non liquet* in diesen Fällen Voraussetzung ist. *Walter*, Freie Beweiswürdigung, 206ff. Vgl. auch den ausführlichen Rechtsprechungsüberblick bei *Greger*, *VersR* 1980, 1091–1104. Zur Einordnung *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 47.

absenkung im Einzelfall unabhängig vom Anscheinsbeweis begründet worden sein<sup>24</sup> und zweitens geht es nicht darum, was Gerichte tun, sondern darum, was sie tun dürfen, worüber die bloße Beobachtung von Häufigkeiten nichts aussagt. Eine für alle Fälle des Anscheinsbeweises gültige Begründung, warum das Beweismaß hier immer abzusenken sei, ist bisher nicht gelungen.<sup>25</sup> Es erscheint daher transparenter, den Anscheinsbeweis als Form der Beweiswürdigung zu verstehen und eine mit ihm möglicher Weise verbundene Beweismaßabsenkung separat zu legitimieren.<sup>26</sup> Dieses Argument richtet sich ebenso wirksam gegen die Ansicht, dass das Beweismaß zwar abstrakt-generell und unveränderlich festgelegt sei,<sup>27</sup> dass der Anscheinsbeweis aber die materiell-rechtlichen Haftungstatbestände so verändere, dass nur der (volle) Nachweis einer bloßwahrscheinlichen Kausalität bzw. eines wahrscheinlichen Verschuldens erforderlich sei.<sup>28</sup> Auch sie ist daher abzulehnen.<sup>29</sup>

Als bloße Form der Beweiswürdigung bedarf der Anscheinsbeweis keiner eigenständigen Rechtsgrundlage. Er ist Teil der auf § 286 I ZPO gestützten Beweiswürdigung.<sup>30</sup> Weder materielles Recht<sup>31</sup> noch Richter<sup>32</sup>- oder Gewohnheitsrecht<sup>33</sup> sind heranzuziehen. Auch die Qualifizierung des Anscheinsbeweises als Beweisregel, die ihn entweder in die Nähe einer Rechtsnorm rücken oder ihn mit Verweis auf die Abschaffung von Beweisregeln durch § 286 II ZPO delegitimieren soll,<sup>34</sup> ist unzutreffend.<sup>35</sup> Der Anscheinsbeweis bindet die Würdigung des Tatgerichts nicht stärker, als es sich aus der weitgehend konsentierten

<sup>24</sup> *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 68; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 101.

<sup>25</sup> *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 54–55; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 101; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 176.

<sup>26</sup> Ähnlich *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 68 mit Verweis auf *Prütting*.

<sup>27</sup> *Greger*, *VersR* 1980, 1091–1104, 1102.

<sup>28</sup> *Zöller/Greger*, *Vor* § 284 ZPO Rn. 30. Ebenso *Diederichsen*, *VersR* 1966, 211–222, 217.

<sup>29</sup> Im Ergebnis ebenso *Stein/Jonas-ZPO/Thole*, § 286 ZPO Rn. 222–223.

<sup>30</sup> *MüKo-ZPO/Prütting*, § 286 ZPO Rn. 50.

<sup>31</sup> So aber, wie berichtet, *Braun*, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, 740; *Greger*, *VersR* 1980, 1091–1104, 1102f.

<sup>32</sup> So aber *Stein/Jonas-ZPO 2008/Leipold*, § 286 ZPO Rn. 135, 141, der den Anscheinsbeweis ursprünglich für Richterrecht hält, das heute gewohnheitsrechtlich gilt.

<sup>33</sup> So aber *Musielak/Voit/Foerste*, § 286 ZPO Rn. 24; *Galle*, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2016, 214–220; *Kollhosser*, *AcP* 1965, 46–83, 56; *Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen*, § 286 ZPO Rn. 28; *Zöller/Greger*, *Vor* § 284 ZPO Rn. 29; *Geipel*, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2015, 1–7, 2.

<sup>34</sup> *Kollhosser*, *AcP* 1965, 46–83, 50; *Geipel*, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2015, 1–7, 2; *Kollhosser*, *AcP* 1965, 46–83, 57.

<sup>35</sup> Anders *Geipel*, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2015, 1–7, 3; *Kollhosser*, *AcP* 1965, 46–83, 56; *Geipel*, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2015, 1–7, 2. Auch *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 64; *Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen*, § 286 ZPO Rn. 29; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen*, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn. 9 sprechen von „(allgemeinen) Beweisregeln“.

Interpretation der richterlichen Überzeugung i. S. v. § 286 I ZPO als subjektiv-objektivem Begriff ergibt.

*aa) Keine Beweisnot*

Auch wenn der Anscheinsbeweis keine Rechtsnorm, sondern nur eine Form der Beweiswürdigung ist, hat die korrekte Anwendung dieser Form doch Voraussetzungen. Zu diesen zählt allerdings nicht die Beweisnot der beweisbelasteten Partei. Autoren, die den Anscheinsbeweis für notwendig mit einer Beweismaßabsenkung verbunden halten, vertreten auch oft, dass Voraussetzung einer zulässigen Anwendung des Anscheinsbeweises eine Beweisnot im Einzelfall sei.<sup>36</sup> Diese Beweisnot wird als zusätzliche Legitimationsquelle für die Unterstützung beim Beweis erforderlich, welche die Beweismaßabsenkung der beweisbelasteten Partei zuteilwerden lässt. Dogmatisch generiert die hier vertretene Ansicht, dass der Anscheinsbeweis eine normale Form der Beweiswürdigung ist, aber keinen zusätzlichen Legitimationsbedarf, der mit der Beweisnot der beweisbelasteten Partei gedeckt werden müsste.<sup>37</sup> Mit der hier vertretenen Ansicht ist es sogar unverträglich, als besondere Voraussetzung noch eine im Einzelfall oder auch nur typischerweise bestehende Beweisnot zu verlangen. Der Richter muss in allen Fällen die Beweise nach den allgemeinen Grundsätzen würdigen. Es kann hier keine einschränkenden Voraussetzungen geben.<sup>38</sup>

*bb) Die „Irgendwie-Feststellung“ ist kein Charakteristikum des Anscheinsbeweises*

Prütting sieht den Anscheinsbeweis durch die ihm eigene „Irgendwie-Feststellung“ charakterisiert.<sup>39</sup> Mit Bezug auf die häufigsten Anwendungsbereiche des Anscheinsbeweises, den Verschuldens- und den Kausalitätsbeweis, definiert er diese „Irgendwie-Feststellung“ wie folgt: Der Irgendwie-Beweis beschreibe „die Tatsache, daß es keiner Aufklärung des konkreten Sachverhalts bedarf, soweit in jeder denkbaren Variante ein Verschulden (bzw. die Kausalität) zu sehen ist, das Verschulden somit durch ‚irgendein‘ Handeln zu bejahen ist.“

<sup>36</sup> Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 165; Diederichsen, VersR 1966, 211–222, 217. Vgl. auch die Nachweise bei Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 109–110.

<sup>37</sup> Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 110–111.

<sup>38</sup> Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kapitel 17: Der Anscheinsbeweis Rn. 30; Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 110–111.

<sup>39</sup> Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 110; in MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 66 stellt er aber zur Abgrenzung des Anscheinsbeweises von anderen Beweisen auf die Nutzung „eines einzigen Erfahrungssatzes“ ab.



Aber diese „Irgendwie-Feststellung“ zeichnet nicht allein den Anscheinsbeweis aus. Die Wahlfeststellung ist sogar im Strafprozess<sup>40</sup> und natürlich auch im Zivilprozess<sup>41</sup> zulässig. Und die höchstrichterliche Rechtsprechung stellt so geringe Anforderungen an die Substantiierung, dass praktisch jede subsumierbare Behauptung den Substantiierungstest besteht.<sup>42</sup> Selbst bei der Zurückweisung offensichtlich willkürlicher und ohne Anhaltspunkte vermuteter Behauptungen, die „ins Blaue hinein“ aufgestellt sind, ist nach dem BGH Zurückhaltung angezeigt.<sup>43</sup> Subsumierbar sind aber auch „Irgendwiebehauptungen“ der Art, dass etwa der auffahrende Autofahrer entweder den Sicherheitsabstand nicht eingehalten hat oder (irgendwie) unaufmerksam war. Den Anscheinsbeweis durch die Irgendwiefeststellung zu definieren, erscheint auch deswegen zweifelhaft, weil die Definition die Darlegungs- mit der Beweisebene vermischt. Den Detailgrad der Behauptungen bestimmt die Darlegung. Der Beweis setzt die Behauptungen voraus und klärt ihre Wahrheit, ohne auf ihre Detailgenauigkeit einzuwirken. *Prüttings* Irgendwiefeststellung würde den Anscheinsbeweis definieren als ein Zusammentreffen einer von der substantiierten Darlegung dispensierenden, sekundären Darlegungslast mit einem starken, das Beweismaß überwindenden Erfahrungssatz. Aber die Wirkung der sekundären Darlegungslast ist angesichts der ohnehin geringen Substantiierungsanforderungen nicht so sehr das Absenken der Substantiierungsanforderungen zu Gunsten des primär Darlegungsbelasteten, sondern eine Erhöhung der Substantiierungsanforderungen zu Lasten des sekundär Darlegungsbelasteten, ohne dass dieser Erhöhung, wie eigentlich erforderlich, ein detaillierter Vortrag des primär Darlegungsbelasteten vorausgegangen wäre. Daher bleibt im Ergebnis als einziges Charakteristikum und auch einzige Voraussetzung des Anscheinsbeweises der starke Erfahrungssatz.

*cc) Die einzige Voraussetzung: Ein anerkannter Erfahrungssatz*

Die einzige Voraussetzung für den Anscheinsbeweis ist damit, dass ein starker Erfahrungssatz, der auf der Grundlage einer mindestens epistemisch homogenen Referenzklasse gebildet wurde, auf den betreffenden Fall anwendbar ist. Starke Erfahrungssätze sind solche, die die Überzeugung des Richters über das Beweismaß heben können. Mindestens epistemisch oder praktisch homogen bedeutet, dass für keine Referenzklasse die Häufigkeit des Tatbestandsmerkmals

<sup>40</sup> BGH NJW 1984, 2109 zur Zulässigkeit der gleichartigen und BGH NStZ 2018, 41 zur derjenigen der ungleichartigen Wahlfeststellung.

<sup>41</sup> *Hofmann*, Juristische Arbeitsblätter 2013, 16–27, 24 nutzt entgegen der Konvention hier tatsächlich den Begriff der „Wahlfeststellung“, beschreibt aber im Text richtig, dass der Sachvortrag, der Situationen unterscheidet, die dieselbe Rechtsfolge auslösen, schlicht unerheblich ist.

<sup>42</sup> BGH NJW-RR 2003, 491; BGH NJW-RR 2003, 69, 70; BGH NJW-RR 1997, 270.

<sup>43</sup> BGH NJW-RR 2003, 491.

bekannt ist, die durch mindestens eine weitere Eigenschaft des Falls definiert ist, die für die Häufigkeit des Tatbestandsmerkmals bekanntermaßen relevant ist.

Ist diese Voraussetzung erfüllt, hebt der Erfahrungssatz die Anfangswahrscheinlichkeit, die der Richter dem Vorliegen des Tatbestandsmerkmals zumisst, über das Beweismaß und die subjektive Beweislast wechselt. Der Hauptbeweis ist erbracht. Der Fall wird zu Lasten der vom Anscheinsbeweis belasteten Partei aufgeklärt, wenn sie nicht ihrerseits die Überzeugung des Richters durch Vorlage weiterer Beweismittel unter das Beweismaß absenkt.

Unter § 5 IV.1. ist schon geklärt worden, dass Erfahrungssätze Anfangswahrscheinlichkeiten sind, die durch die Straight Rule bzw. ihre Verlängerung um verlässliche Prozesse und Methoden gewonnen wurden: Man stellt fest, dass der vorliegende Fall Teil einer homogenen Referenzklasse ist, und setzt als Anfangswahrscheinlichkeit für das betreffende Tatbestandsmerkmal die Häufigkeit dieses Merkmals in der Referenzklasse.

Bei der Frage, ob die so gewonnene Anfangswahrscheinlichkeit bereits das Beweismaß übersteigt, sind drei Dinge zu trennen. Die erste Frage ist, wie sicher „gilt“ der Erfahrungssatz; d. h. wie sicher ist man sich der Häufigkeit des Merkmals in der Referenzklasse? Die zweite Frage ist, welche Anfangswahrscheinlichkeit vermittelt der Erfahrungssatz, gegeben dass er „gilt“; d. h. wie hoch ist die Häufigkeit des betreffenden Merkmals in der Referenzklasse?<sup>44</sup> Die Antworten auf die ersten beiden Fragen sind Wahrscheinlichkeiten, die mit Hilfe der Produktregel zu integrieren sind. Behauptet der Erfahrungssatz also, das Merkmal komme in der Referenzklasse in 100 % der Fälle vor, ist man sich dieser Häufigkeit aber nur zu 50 % sicher, und zu 50 % könnte das Merkmal auch nur in 60 % der Fälle vorkommen, so vermittelte der Erfahrungssatz, wenn der betreffende Fall in die Referenzklasse gehört, eine Wahrscheinlichkeit von 80 %. Drittens ist zu fragen, ob der vorliegende Fall in die Referenzklasse gehört, aus der die Häufigkeit stammt, und diese Referenzklasse mindestens epistemisch oder praktisch homogen ist; d. h. ob er alle Merkmale mit den Mitgliedern der Referenzklasse teilt, die die Häufigkeit der behaupteten Tatsache beeinflussen können. In der Beantwortung dieser Frage treten alle besprochenen Probleme des Referenzklassenproblems auf und es ist eine vertretbare Entscheidung zu treffen.

#### *dd) Zwischenergebnis*

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass der Anscheinsbeweis einfach die begründete Feststellung einer Anfangswahrscheinlichkeit bedeutet, die über dem Beweismaß liegt. Das lässt die subjektive Beweislast wechseln. Wird

---

<sup>44</sup> Zur Trennung der ersten und der zweiten Frage *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 392.

vom nun subjektiv Beweisbelasteten der Gegenbeweis erbracht, das heißt bringt er Beweismittel bei, die die Wahrscheinlichkeit für die Wahrheit der bestrittenen Tatsachenbehauptung wieder unter die Schwelle des Beweismaßes senken, ist der Anscheinsbeweis erschüttert. Sowohl die objektive Beweislast als auch das Beweismaß lässt der Anscheinsbeweis daher unberührt. Der Anscheinsbeweis ist danach kein Rechtsinstitut, sondern nur eine Form der Beweisführung. Dementsprechend bedarf der Anscheinsbeweis keiner eigenen Rechtsgrundlage.

*b) Besondere Revisionsregeln für den Anscheinsbeweis?*

Umstritten ist auch, ob der Anscheinsbeweis besondere revisionsrechtliche Folgen zeitigt oder ob es auch bei der Revision des Anscheinsbeweises bei den allgemeinen Grundsätzen bleibt. Diese Frage ist vorliegend besonders relevant, weil es zu klären gilt, inwieweit das Revisionsgericht die Anwendung des im Grossman'schen Schließen enthaltenen Erfahrungssatzes, dass die nicht beweisbelastete Partei auf die skeptische Haltung des Richters rational reagiert, kontrollieren darf.

*aa) Die Revisibilität von Erfahrungssätzen*

Die entscheidende Weichenstellung zur Begründung der Revisibilität des Anscheinsbeweises und – damit gleichbedeutend – von Erfahrungssätzen ist der Begriff der richterlichen Überzeugung im Sinne von § 286 I ZPO. Wenn dieser Überzeugungsbegriff im Sinne der *conviction raisonnée* schon selbst dadurch objektiviert ist, dass die Überzeugung im Einklang mit Erfahrungssätzen gebildet sein muss, dann liegt hierin die dogmatische Begründung für eine Kontrolle der Beweiswürdigung auf Vereinbarkeit mit Erfahrungssätzen.<sup>45</sup> Erfahrungssätze selbst sind dabei keine Rechtsnormen,<sup>46</sup> sondern Aussagen über Tatsächliches. Ihre „Geltung“ unter bestimmten Umständen ist dagegen durchaus normativ. Diese wird aber unmittelbar durch das subjektiv-objektive Verständnis des Überzeugungsbegriffs in § 286 I ZPO angeordnet. Die Norm ist also nicht der Erfahrungssatz selbst, sondern § 286 I ZPO.<sup>47</sup> Eine Rechtsfortbildung ist dafür nicht erforderlich,<sup>48</sup> denn es handelt sich um die gewöhnliche Auslegung eines Rechtsbegriffs, hier des Begriffs der richterlichen Überzeugung.

Nun ist schon festgestellt worden (§ 9 III. 1.), dass umfassende Kontrolle der Beweiswürdigung auf Vereinbarkeit mit Erfahrungssätzen, die das Revisions-

<sup>45</sup> *Gottwald*, in: Fankhauser/Widmer Lüchinger/Kingler u. a. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, 125–136, 130.

<sup>46</sup> *Kollhosser*, AcP 1965, 46–83, 54; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 68.

<sup>47</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 410.

<sup>48</sup> Anders *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 410.

gericht für zutreffend hält, keinen Raum für freie Beweiswürdigung ließe,<sup>49</sup> so dass es notwendig ist, die Kontrolle des Revisionsgerichts über die Vereinbarkeit der Beweiswürdigung mit Erfahrungssätzen einzuschränken um Raum für freie Beweiswürdigung zu schaffen.<sup>50</sup>

Oft wird die Menge an revisiblen Erfahrungssätzen auf solche beschränkt, die eine hohe Beweiskraft haben, deren Inhalt also eine hohe relative Häufigkeit des Merkmals in der Referenzklasse beschreibt, so dass sie für alle Fälle der Referenzklasse eine hohe subjektive Wahrscheinlichkeit des Merkmals vermitteln.<sup>51</sup> Von den Erfahrungssätzen mit gesteigerter Beweiskraft gehe eine besondere Gefahr aus. Definiere man sie so, dass Erfahrungssätze mit gesteigerter Beweiskraft geeignet seien, ohne weitere Beweisaufnahme die volle Überzeugung des Gerichts zu erbringen – es handelt sich also um solche Erfahrungssätze, die einen Anscheinsbeweis stützen können<sup>52</sup> –, könne allein die Verwendung eines falschen Erfahrungssatzes unmittelbar in falsche Tatsachenfeststellungen münden; das Rechtsmittelverfahren begrenze diese Gefahr.<sup>53</sup>

Zusätzlich will vor allem *Schweizer* die Klasse revisibler Erfahrungssätze auf solche beschränken, die auf Alltagswissen beruhen. Die Gefahr, einen falschen Erfahrungssatz anzuwenden, sei bei den relativ unsicheren Erfahrungssätzen des Alltagswissens besonders hoch, während Erfahrungssätze, die empirische Überprüfungen überstanden haben oder einem wissenschaftlichen Prozess entstammen, vergleichsweise verlässlich sind.<sup>54</sup> Während die Fachkompetenz des BGH für die Erfahrungssätze aus Alltagswissen mit der des Tatgerichts mindestens vergleichbar sei, falle sie für Erfahrungssätze der Wissenschaft hinter die des tatgerichtlich bestellten Sachverständigen zurück.<sup>55</sup> Das Ziel einheitlicher Rechtsanwendung könne die Revision so zwar noch verfolgen, der Einzelfallgerechtigkeit wäre durch eine allein auf Autorität statt auf Sachkunde beruhende Festlegung von Erfahrungsgesetzen aber nicht gedient. Ganz pragmatisch spreche für die Beschränkung der revisionsgerichtlichen Prüfung auf Erfahrungssätze des Alltagswissens, dass nur sie ohne Beweiserhebung festzustellen sind, während für die Feststellung wissenschaftlicher oder empirisch überprüfbarer Erfahrungssätze typischerweise ein Sachverständigenbeweis

<sup>49</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 407.

<sup>50</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 407.

<sup>51</sup> MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 68; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 143, Rn. 12.

<sup>52</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 405.

<sup>53</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 406–407. Ähnlich auch *Anzinger*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 62–63: „Das abschließende Urteil darüber, ob eine vom Tatrichter aufgefundene neue Regel der Lebenserfahrung wirklich das Prädikat des allgemein Anerkannten verdient, kann erst in der Revision getroffen werden.“

<sup>54</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 407.

<sup>55</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 407–408.

notwendig wäre.<sup>56</sup> *Schweizer* meint, faktisch beschränke der BGH seine Überprüfung ohnehin auf solche Erfahrungssätze des Alltagswissens, die hohe Beweiskraft haben.<sup>57</sup>

*Greger* will die Menge revisibler Erfahrungssätze gar noch auf die der Erfahrungsgesetze beschränken.<sup>58</sup> Erfahrungsgesetze sollen Erfahrungssätze sein, die ausnahmslos gelten.<sup>59</sup> Aber die ausnahmslose Geltung ist kein Schwellenwert, der sich sinnvoll in die Beweisrechtsdogmatik einordnet. Außerdem ist die „ausnahmslose Geltung“ relativ zu einer Referenzklasse, für deren Wahl *Greger* keine Vorgaben macht. Die Beschränkung auf Erfahrungssätze mit hoher Beweiskraft und deren Definition als Erfahrungssätze, die allein geeignet sind, das Beweismaß zu überwinden, korrespondiert mit der dogmatisch gefestigten Größe des Beweismaßes und leitet aus dieser Korrespondenz sinnvoll eine praktische Konkordanz zwischen der angeordneten freien Beweiswürdigung einer- und der ebenfalls im Begriff der richterlichen Überzeugung angeordneten Beachtung von Erfahrungssätzen andererseits her.

Die Frage, wie grundsätzlich die Revisionsprüfung der Beweiswürdigung auf Vereinbarkeit mit Erfahrungssätzen auszugestalten ist, muss hier nicht abschließend beantwortet werden. Hier muss nur geklärt werden, ob diese Prüfungskompetenz die Prüfung auf Vereinbarkeit mit der Rationalitätsannahme umfasst, auf der das Grossman'sche Schließen basiert. Das Argument, dass für diese Erfahrungssätze zusätzliche Kontrolle besonders wichtig ist, weil kleine Fehler in ihrer Handhabung große Konsequenzen in der Beweiswürdigung zeitigen, überzeugt. Auch aus dem anderen Zweck der Revision, der Rechtsvereinheitlichung, lässt sich für die Überprüfung gerade der Erfahrungssätze mit hoher Beweiskraft argumentieren. Obwohl starke Erfahrungssätze keine Rechtsnormen sind, haben sie aufgrund ihrer abstrakt-generellen Anwendbarkeit eine Wirkung, die Normen durchaus vergleichbar ist. Man denke nur an den im Volksmund verbreiteten „Rechtssatz“, „Wer auffährt, ist schuld“. Dieser Satz beschreibt die Anwendung eines Erfahrungssatzes, wird aber als Verkehrsrechtsregel wahrgenommen. Aufgrund ihres abstrakt-generellen Charakters und der normähnlichen Wirkung ist das Bedürfnis nach Rechtsvereinheitlichung bei Erfahrungssätzen mit hoher Beweiskraft besonders hoch.

Aus diesem Grund habe ich auch Zweifel an *Schweizers* zusätzlicher Einschränkung der Revisibilität auf Erfahrungssätze des Alltagswissens.<sup>60</sup> Gerade bei Erfahrungssätzen der Wissenschaften, die einen besonders hohen Abstrak-

<sup>56</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 408.

<sup>57</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 408.

<sup>58</sup> Zöllner/*Greger*, § 286 ZPO Rn. 13, 13c; Zöllner/*Greger*, § 286 ZPO Rn. 23; *Greger*, VersR 1980, 1091–1104, 1102.

<sup>59</sup> Zöllner/*Greger*, § 286 ZPO Rn. 13c; Zöllner/*Greger*, § 286 ZPO Rn. 23.

<sup>60</sup> *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 407–408 braucht diese zusätzliche Einschränkung auch, weil er ein Beweismaß von 50% + x vertritt. Bei Zugrundelegung dieses Beweismaßes überwinden es viele Erfahrungssätze, so dass die „Beschränkung“ der Revision

tionsgrad erreichen und sich dadurch ein besonders weites Anwendungsfeld erschließen, ist das Bedürfnis für Rechtsanwendungsvereinheitlichung besonders hoch. Über *Schweizers* zusätzliche Einschränkung muss aber gar nicht letztgültig entschieden werden. Bei der Anwendung von Grossman'schem Schließen geht es letztlich um die Geltung des Rationalmodells als Erfahrungssatz im spezifischen Kontext des Schließens aus Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei. Die Sozialwissenschaften unterscheiden sich von den Naturwissenschaften unter anderem dadurch, dass sie Schwierigkeiten haben, über Alltagswissen überhaupt wesentlich hinaus zu kommen.<sup>61</sup> Gerade das Rationalmodell ist bloß formalisierte, wenn auch verlässliche Alltagspsychologie.<sup>62</sup> In diesem speziellen Fall wäre *Schweizer* vielleicht auch der Ansicht, dass man den Umgang mit Grossman'schem Schließen nicht allein dem Tatrichter anheimstellen sollte. Eher sollte man den Erfahrungssatz, dass Menschen rational handeln, der im spezifischen Kontext des Schließens aus Schweigen den Grad eines starken Erfahrungssatzes erreicht, wie die Anwendung anderer starker Erfahrungssätze des Alltagswissens der Kontrolle der Revision unterstellen.

*bb) Die Sonderstellung von starken Erfahrungssätzen in der Revision*

Wenn die Beweiswürdigung auf die zutreffende Anwendung von starken Erfahrungssätzen überprüft werden darf, ist damit noch nicht geklärt, wie weit die zutreffende Anwendung überprüfbar ist. Geht die Prüfungskompetenz so weit, dass das Revisionsgericht seine eigene Anfangswahrscheinlichkeit an die Stelle der Anfangswahrscheinlichkeit des Tatrichters setzen darf?

Dazu werden nuancierte Ansichten vertreten. Relativ unproblematisch darf das Revisionsgericht prüfen, ob bestehende Erfahrungssätze mit hoher Beweiskraft gar nicht beachtet wurden, ob andersherum ein nicht bestehender Erfahrungssatz angewandt wurde,<sup>63</sup> oder ob die Frage der Erschütterung des Anscheinsbeweises unter Verkennung des Begriffs der „ernstlichen Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs“ ergangen ist.<sup>64</sup> Diese Verkennung von Rechtsbegriffen – der subjektiv-objektiv definierten Überzeugung, die unter Beachtung von Erfahrungssätzen gebildet werden muss, oder der ernsthaften Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs – stellt unproblematisch einen Verstoß gegen das Recht, nämlich § 286 ZPO, dar.<sup>65</sup>

---

auf Erfahrungssätze, die das Beweismaß überwinden können, immer noch eine fast umfassende Kontrolle der Beweiswürdigung bedeuten würde.

<sup>61</sup> Rosenberg, *Philosophy of Social Science*, 12 ff.

<sup>62</sup> Rosenberg, *Philosophy of Social Science*, 93.

<sup>63</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 68; Kollhosser, AcP 1965, 46–83, 54.

<sup>64</sup> Geipel, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2015, 1–7, 3; Greger, *VersR* 1980, 1091–1104, 1092.

<sup>65</sup> Schweizer, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, 410.

Darf das Revisionsgericht aber auch die Stärke des Erfahrungssatzes, das heißt die Häufigkeit, die er dem Merkmal in der Referenzklasse zumisst, prüfen? Zum Teil wird vertreten, die Stärke soll der BGH nicht kontrollieren dürfen.<sup>66</sup> Das ist jedoch kaum praktikabel. Zwar sind Stärke und Bestehen des Erfahrungssatzes konzeptionell trennbar, so dass scheinbar das Tatgericht einen Erfahrungssatz bestimmter Stärke anwenden und der BGH sich darauf beschränken könnte, das Bestehen dieses Erfahrungssatzes zu prüfen, soweit die behauptete Stärke die eines Erfahrungssatzes erhöhter Beweiskraft erreicht. Aber wenn das Tatgericht die Stärke eines Erfahrungssatzes über- oder unterschätzt, müsste der BGH feststellen, dass ein Erfahrungssatz *dieser* Stärke nicht besteht. Schon dieses Vorgehen bedeutet eine implizite Prüfung der Stärke des Erfahrungssatzes. Außerdem erscheint es mir schwer einzusehen, warum der BGH in den Fällen, in denen er feststellt, dass das Ausgangsgericht dem Erfahrungssatz eine falsche Stärke zugemessen hat, dazu schweigen muss, welche Stärke der entsprechende bestehende Erfahrungssatz tatsächlich hat. Im Gegenteil: Es entspricht guter revisionsgerichtlicher Praxis, dem Untergericht mit dem aufhebenden Urteil Maßstäbe an die Hand zu geben, die es dem Untergericht ermöglichen, ohne weiteres eine rechtmäßige Entscheidung zu treffen. Der BGH kann daher die Stärke des behaupteten Erfahrungssatzes erhöhter Beweiskraft durchaus überprüfen.<sup>67</sup>

Die konkrete Anwendung *in abstracto* richtig erkannter und hinsichtlich ihrer Stärke richtig eingeschätzter Erfahrungssätze auf den Einzelfall aber dürfe, so wird vertreten, das Revisionsgericht nicht überprüfen.<sup>68</sup> Die Anwendung des Erfahrungssatzes auf den Einzelfall zerfällt jedoch in zwei Teile. Erst wird festgestellt, welche Merkmale der Sachverhalt aufweist, dann wird geprüft, ob der Sachverhalt angesichts dieser Merkmale in die Referenzklasse eines Erfahrungssatzes fällt. Zwischen diesen Elementen der „Anwendung“ ist auch hinsichtlich der Revision zu unterscheiden. Der BGH darf prüfen, ob der festgestellte Sachverhalt in die Referenzklasse des festgestellten Erfahrungssatzes fällt. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der BGH dies notwendig schon „anprüfen“ muss, um eine Aussage darüber zu treffen, ob der Erfahrungssatz für den konkreten Fall „relevant“ ist, auch wenn das eine reduzierte Prüfungsintensität suggeriert. Aber der BGH darf in der Tat voll prüfen, ob die tatsächlichen Feststellungen eines Tatgerichts in die Referenzklasse eines Erfahrungssatzes erhöhter Beweiskraft fallen. Oben<sup>69</sup> wurde herausgearbeitet, dass der

<sup>66</sup> Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 148; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 409.

<sup>67</sup> Stein/Jonas-ZPO/Thole, § 286 ZPO Rn. 87 meint, aufgrund von Erfahrungssätzen könnten Aussagen über die Stärke von Erfahrungssätzen gemacht werden.

<sup>68</sup> Kollhosser, AcP 1965, 46–83, 54, 69f.; Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 110–112, 144.

<sup>69</sup> Vorstehend § 9 III. 3. b) aa).

BGH die tatrichterliche Überzeugung auf Vereinbarkeit mit Erfahrungssätzen bestimmter Qualität überprüfen kann. Die Rechtfertigung dieser Prüfungskompetenz stammt aus dem subjektiv-objektiven Begriff der Überzeugung in § 286 I ZPO. Geprüft wird also nicht ein abstrakter Erfahrungssatz, sondern ob die Überzeugungsbildung *im konkreten Fall* die ihr durch die Interpretation des § 286 I ZPO gesetzten Grenzen einhält. Die Prüfung ist damit auf die konkrete Überzeugung des Tatgerichts bezogen. Es handelt sich nicht um eine abstrakte Prüfung eines Erfahrungssatzes, sondern der BGH prüft, ob der Sachverhalt, so wie ihn das Tatgericht ermittelt hat, in die Referenzklasse des Erfahrungssatzes fällt oder nicht. Erst diese Prüfung setzt den Erfahrungssatz zur konkreten Überzeugung in Beziehung. Hier liegt meines Erachtens auch eine recht verstandene Prüfung der „Typizität“ des Falls. Das Revisionsgericht kann hier nämlich auch prüfen, ob die herangezogene Referenzklasse mindestens epistemisch (oder praktisch) homogen war, oder ob der Fall sich durch Eigenschaften auszeichnet, die für die Häufigkeit des Tatbestandsmerkmals relevant sind und die ihn einer Referenzklasse mit bekannter, abweichender Häufigkeit des Tatbestandsmerkmals zuordnen würden. Diese Prüfung ist für die Rechtfertigung der Überprüfung der Anwendung starker Erfahrungssätze durch das Revisionsgericht wichtig. Da hier schon epistemisch homogene Referenzklassen zur Begründung starker Erfahrungssätze herangezogen werden können, hinge die Überwindung des Beweismaßes praktisch vom außerjuristischen Bildungsstand des Richters ab. Die Referenzklasse wäre für ihn epistemisch homogen, wenn der Richter keine homogenere Referenzklasse kennt, und sie wäre inhomogen, wenn er von einer homogenen wüsste. Die rechtsvereinheitlichende Funktion der Revision führt hier zu einer Vereinheitlichung des Wissens um homogene Referenzklassen.

Der BGH darf allerdings keinesfalls überprüfen, ob das Gericht einen Sachverhalt hätte feststellen müssen, der in die Referenzklasse des Erfahrungssatzes fällt. Jede Beweiswürdigung beruht notwendig auf Anfangswahrscheinlichkeiten. Bei der Beweiswürdigung, die zu den Tatsachenfeststellungen im konkreten Fall führt, hat das Gericht also notwendig Erfahrungssätze verwendet. Diese werden meist die Stärke zur Begründung von Anscheinsbeweisen nicht übersteigen. Ließe man das Revisionsgericht auch die Tatsachenfeststellungen überprüfen, die die Zugehörigkeit des Falls zu einer Referenzklasse begründen, eröffnete man ihm die Prüfung der Anwendung vieler Erfahrungssätze, deren Prüfung man ihm zum Schutz der freien Beweiswürdigung durch die Beschränkung der Revision auf starke Erfahrungssätze gerade zu verwehren entschieden hat. Hier läuft die feine Linie zwischen zulässiger Revisionsprüfung und unzulässiger Beschränkung der freien Beweiswürdigung.

Weil aber immerhin eine derartig eingeschränkte Revisibilität zulässig ist, sehen einige Autoren schlicht keine Besonderheit in der Revisibilität des An-



scheinsbeweises.<sup>70</sup> Die besondere Rolle bei der Identifikation von Anscheinsbeweisen könne auch nicht überraschen, weil sie eben für eine Vielzahl an Fällen gefunden würden.<sup>71</sup> Tatsächlich aber ist der Anscheinsbeweis zumindest insofern besonders, als die Beschränkung der Revision gerade auf anscheinsbeweismfähige Erfahrungssätze die praktische Konkordanz zwischen dem subjektiv-objektiven Überzeugungsbegriff in § 286 ZPO einer- und der freien Beweiswürdigung andererseits beschreibt.

Der Anscheinsbeweis ist nach allgemeinen Grundsätzen revisibel, allerdings nur hinsichtlich des Bestehens, der Stärke des Erfahrungssatzes, der die hohe Anfangswahrscheinlichkeit begründet, und der Prüfung, ob der Sachverhalt, wie ihn das Tatgericht festgestellt hat, in die Referenzklasse des starken Erfahrungssatzes fällt.

*c) Ergebnis: Der Anscheinsbeweis als bloße Beweisführungsform ohne besondere Rechtsfolgen*

Der Anscheinsbeweis bewirkt daher weder eine Beweislastumkehr, noch geht er notwendig mit einer Beweismaßabsenkung einher, noch unterliegt er einer besonderen Behandlung in der Revision. Im Grundsatz kann ein Anscheinsbeweis die volle richterliche Überzeugung begründen.<sup>72</sup> Aber er kann natürlich auch angewandt werden, wenn eine Beweismaßabsenkung anderweitig legitimiert ist.<sup>73</sup> Er ist damit keine eigenständige Rechtsnorm, sondern nur eine *Form* der Beweiswürdigung, bei der aus einem starken Erfahrungssatz ohne Beweiserhebung auf das Zutreffen einer Tatsachenbehauptung geschlossen werden kann.<sup>74</sup> Warum erhält eine Form der Beweiswürdigung einen Namen, so als sei sie ein Rechtsinstitut? Der Grund könnte darin liegen, dass der Anscheinsbeweis letztlich die Klasse revisibler Erfahrungssätze bezeichnet.

#### *4. Die Revisibilität des Schlusses aus Schweigen*

Durch den letzten Abschnitt ist auch die hier eigentlich interessierende Frage beantwortet, ob der für das Funktionieren des Grossman'schen Schließens notwendige Schluss aus Schweigen angesichts der skeptischen Haltung des Richters revisibel ist.

<sup>70</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 68.

<sup>71</sup> Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 29.

<sup>72</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 52; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 29; Jungmann, ZJP 2007, 459–473, 468; Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 69; Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, 177 ff.

<sup>73</sup> Anzinger, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 69; Prütting/Gehrlein-ZPO/Laumen, § 286 ZPO Rn. 29.

<sup>74</sup> MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 52, 50.

Der Schluss aus Schweigen basiert auf der Annahme, dass die nicht beweisbelastete Partei rational auf die skeptische Haltung des Richters reagieren wird, indem sie, wenn sie über solche verfügt, Beweismittel vorlegt, deren Inhalt für sie günstiger ist als der skeptische Richter unterstellt. Das Rationalmodell kann prinzipiell Quelle starker Überzeugungen sein (§ 6 I.). Gerade im konkreten Kontext des Schließens aus Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei bestehen keine Gründe gegen den Schluss aus dem Rationalmodell, weil alternative Motivationen oder kognitive Beschränkungen, die die nicht beweisbelastete Partei vom Vorlegen ihr günstiger Beweismittel abbringen könnten, nicht ersichtlich waren (§ 7 IV.3.). Insofern kommt dem Rationalmodell im vorliegenden Kontext die Rolle eines starken Erfahrungssatzes zu, der – als Erfahrungssatz aus formalisierter Alltagspsychologie vielleicht sogar nach *Schweizers* Ansicht – revisibel ist.

Der Umfang der Revision richtet sich nach den allgemeinen Kriterien. Das Revisionsgericht darf prüfen, ob das Tatgericht zutreffend von einer rationalen Reaktion der nicht beweisbelasteten Partei auf die skeptische Haltung ausgegangen ist. Es darf prüfen, ob das Tatgericht die Stärke des auf das Rationalmodell gestützten Erfahrungssatzes richtig eingeschätzt hat, und es darf prüfen, ob der Fall nach den Feststellungen des Tatgerichts vom Erfahrungssatz erfasst wurde. Im Ergebnis ist Grossman'sches Schließen damit auch hinsichtlich des epistemischen Schlusses revisibel.

In dem so abgesteckten Rahmen ist der Tatrichter frei, die Beweise und das Schweigen mit Hilfe des Grossman'schen Schließens zu würdigen. Vor allem bei der Frage, welche subjektiven Wahrscheinlichkeiten er mit der Möglichkeit verknüpft, dass die nicht beweisbelastete Partei ein aussagekräftiges Beweismittel vorlegen kann, ist er frei und von der Revisionsinstanz nicht kontrollierbar.

Mit der Revisibilität des Grossman'schen Schließens geht eine Erhöhung seiner Wirksamkeit einher. Das Grossman'sche Schließen funktioniert nur, wenn der Richter weiß, dass die nicht beweisbelastete Partei weiß, dass der Richter ihr Schweigen zu ihren Lasten würdigen wird. Grossman'sches Schließen fällt in sich zusammen, wenn der Richter Grund hat daran zu zweifeln, dass die nicht beweisbelastete Partei die Möglichkeit übersieht, dass er ihr Schweigen gegen sie würdigt. Das Gleiche gilt, wenn die nicht beweisbelastete Partei an der Ernsthaftigkeit seiner Absicht zweifelt, Schweigen zu ihren Lasten zu würdigen. Wenn der Richter nicht glaubt, die nicht beweisbelastete Partei sehe voraus, dass Schweigen zu ihren Lasten gewürdigt wird, dann kann der Richter auch nicht glauben, die nicht beweisbelastete Partei habe einen Anreiz zur Vorlage ihres Beweismittels, soweit sich daraus etwas ergibt, das den Richter von seiner skeptischen Haltung abbringen könnte. Wenn der Richter von diesem Anreiz nicht ausgehen kann, hat das Schweigen für ihn keine Bedeutung mehr, denn mangels Vorlageanreiz würde die nicht beweisbelastete Partei ja unabhängig vom Inhalt ihres Beweismittels immer schweigen.

Die volle Revisibilität des Grossman'schen Schließens hilft dieser Unsicherheit auf zweierlei Weise ab. Einerseits hilft sie dem Richter, sich zweifelsfrei auf den strategischen Skeptizismus festzulegen. Die nicht beweisbelastete Partei kann keinen Grund haben, an der Ernsthaftigkeit der Absicht des Richters zu zweifeln, Schweigen gegen sie zu würdigen. Gäbe der Richter seinen strategischen Skeptizismus auf, höbe die nächste Instanz sein Urteil auf. Zweitens führt die Revisibilität des Grossman'schen Schließens zu einer Publizität dieses Mechanismus, die bewirkt, dass jede Partei, die vor Gericht zieht, zumindest, wenn sie rechtsanwaltlich beraten ist, vorhersehen muss, dass der Richter ihr Schweigen bei Vorliegen der Voraussetzungen gegen sie würdigen wird. Beides zusammen festigt ganz unabhängig von einem immer möglichen und bei ignoranten Parteien sicher gebotenen richterlichen Hinweis die Überzeugung des Richters, dass die nicht beweisbelastete Partei seinen strategischen Skeptizismus adäquat antizipiert und dieser sich so bei anhaltendem Schweigen selbst rechtfertigt.

#### IV. Ergebnis

Der Richter muss eine strategisch skeptische Haltung gegenüber der nicht beweisbelasteten Partei einnehmen, wenn die beweisbelastete Partei unverschuldet keinen Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel hat, der beweisbelasteten Partei ein solcher Zugang aber ohne weiteres offensteht und zur Beweisfrage substantiiert vorgetragen ist. Schweigt die nicht beweisbelastete Partei hierauf, muss der Richter daraus zu ihren Lasten schließen. Handelt er hiervon abweichend, hebt das Revisionsgericht seine Entscheidung auf.

## § 10 Dogmatische Einordnung

Geklärt ist nun, dass Grossman'sches Schließen wirksam und sowohl rechtlich zulässig als auch geboten ist. Die behauptete Informationslücke im deutschen Zivilprozess besteht daher zumindest in der von Befürwortern eines allgemeinen Auskunftsanspruchs vorgetragene Form nicht (§ 10 I.). Dieser Umstand wird hier kurz noch einmal illustriert, indem gezeigt wird, dass Grossman'sches Schließen Fälle, die bisher als Beispiele für den Bedarf eines Aufklärungsanspruchs im deutschen Zivilprozess vorgetragen wurden, unter heute geltendem Recht aufklären kann, so dass es eines weitergehenden Aufklärungsanspruchs nicht bedarf. Um dem Einwand vorzubeugen, diese Schlussfolgerung beruhe insofern auf einem Taschenspielertrick, als Grossman'sches Schließen wie die Einführung eines allgemeinen Aufklärungsanspruchs durch die Hintertür erscheine, lohnt es, an dieser Stelle auch die Nutzung des strategischen Skeptizismus von *Stürners* Aufklärungsanspruch abzugrenzen.

Obwohl Grossman'sches Schließen nur eine Anwendung geltenden Rechts darstellt, erzielt es zusätzliche Wirksamkeit durch Wechselwirkungen mit anderen Rechtsinstituten. Diesen Wechselwirkungen soll in diesem Kapitel nachgegangen werden.

Grossman'sches Schließen weitet die Zulässigkeit von Beweisanträgen zur Verfügbarkeit von Beweismitteln bei den Parteien aus und verleiht Dokumentationspflichten eine größere Wirksamkeit (§ 10 II.). Diese Wechselwirkungen machen Grossman'sches Schließen durch den Richter so wirksam, dass sich die Frage zur Abgrenzung von der amerikanischen *pretrial discovery* stellt (§ 10 III.). Aber Grossman'sches Schließen ist nicht *discovery*. Es erlaubt zwar den Beweis über das Vorhandensein von Beweismitteln bei der nicht beweisbelasteten Partei. Aber es erreicht nur die Einbeziehung vorhersehbar bei der nicht beweisbelasteten Partei vorhandener Beweismittel. „*Fishing expeditions*“ ermöglicht es nicht. Die Balance, die Grossman'sches Schließen so zwischen wirksamer Sachverhaltsaufklärung und Kostenvermeidung erreicht, wird anhand der auf den Dieselskandal folgenden Verfahren illustriert.

Die Wirksamkeit von Grossman'schem Schließen kann eine Sorge vor unzulässiger Ausforschung begründen, der allerdings durch einen dem Grossman'schen Schließen inhärenten Geheimnisschutz begegnet werden kann (§ 10 IV.).

Ferner wird der Anscheinsbeweis durch die Nutzung von Grossman'schem Schließen tiefgreifend verändert (§ 10 V.). Diese Veränderungen können einerseits das Missverständnis auflösen, dass der Anscheinsbeweis notwendig mit einer Beweismaßabsenkung einhergehe und stellen andererseits Fragen zu seiner Revisibilität neu.

Schließlich wird noch in aller Kürze auf das Potential des Grossman'schen Schließens zur Vereinfachung der Beweiserhebung in gebündelten Verfahren hingewiesen (§ 10 VI.).

## I. Eines Aufklärungsanspruchs bedarf es nicht

Grossman'sches Schließen verhindert ein Informationsproblem des deutschen Zivilprozesses, indem es eine Aufklärung von Fällen gewährleistet, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel hat (§ 10 I. 1.). Dennoch unterscheidet sich Grossman'sches Schließen deutlich von *Stürners* Aufklärungsanspruch (§ 10 I. 2.).

### 1. Kein Informationsproblem im deutschen Zivilprozess

Richtigerweise lassen sich praktisch alle von Autoren zur Begründung der von ihnen vertretenen Auskunftsrechte gebildeten Beispielfälle mit Hilfe von Grossman'schem Schließen ganz ohne dogmatische Innovation im Sinne der Autoren lösen.

*Stürners Unfallzeugenfall:* „Bei einem Verkehrsunfall befinden sich im gegnerischen Fahrzeug zwei Zeugen. Der Kläger kann im Prozeß ihre Namen und ihre Adressen nicht angeben. Trifft hier den Beklagten eine Aufklärungspflicht?“<sup>1</sup>

Genau wie im Fall der Partnervermittlung ist hier der Kläger unverschuldet beweislos, während der Beklagte eine Möglichkeit zum Beweis hat. Den Unfallhergang kann der Kläger substantiiert vortragen, also kann aus der Nichtbenennung der Zeugen solange zum Nachteil des Beklagten geschlossen werden, wie er nicht gegenbeweislich Gründe benennt, die zeigen, dass er die Zeugen unabhängig vom Inhalt ihrer Aussage und um den Preis des Prozessverlusts nicht benennen würde.

*Gottwalds Autobahnunfall:* „Ein Verkehrsunfall auf der Autobahn auf einem Baustellenabschnitt. Einer Bitte der Polizei entsprechend einigen sich die Beteiligten darauf, den Unfall schnell privat zu fotografieren und dann weiterzufahren, um keinen größeren Stau zu verursachen. Später wird der Fall streitig. Ein Beteiligter verklagt den anderen

<sup>1</sup> *Stürmer*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 2, zurückgehend auf BGH NJW 1960, 821.

auf Schadensersatz. Dieser weigert sich aber, die Unfallaufnahmen vorzulegen.<sup>2</sup> Der Fall stammt aus einer Zeit vor der Erfindung des Smartphones, nehmen wir also ergänzend an, nur dem Beklagten habe nach dem Unfall eine Fotokamera zur Verfügung gestanden.

Hier wäre also nachgewiesen, dass der Kläger keine Aufnahmen gemacht hat und mangels Kamera und der verständlichen Bitte der Polizei ohne sein Mitverschulden beweislos war. Die Anwendung des strategischen Skeptizismus ist daher zulässig. Die subjektive Beweislast wechselt deshalb zum Beklagten. Er wird die Bilder daher vorlegen, es sei denn, sie stützen die vom Richter zu seinen Lasten unterstellte Version. Der Fall wird aufgeklärt – es sei denn, der Beklagte kann die Überzeugung des Richters erschüttern, dass der Beklagte ein Beweismittel hat. Sollte die Beweislosigkeit des Beklagten in diesem Fall in einer schuldhaften Beweisvereitelung gründen, würde zwar Grossman'sches Schließen weiterhin nicht angewendet, aber die Beweisvereitelung würde dann mit gleichem Ergebnis die subjektive Beweislast sanktionshalber umkehren.<sup>3</sup>

*Gomilles Schrottimmobiliienfall:* Es „stellt der Käufer einer größeren Immobilie fest, dass die insgesamt erzielten Nettokaltmieten deutlich hinter den Beträgen zurückblieben, die der Verkäufer im Kaufvertrag für die vergangenen Jahre angegeben hatte. Der Käufer machte sodann zunächst gegen den Verkäufer und später gegen den Notar gestützt auf § 19 I BNotO Schadensersatz geltend. Er unterlag in beiden Fällen, da er nicht darlegen konnte, dass der Verkäufer die tatsächlich erzielten Nettokaltmieten arglistig unwahr beziffert hatte. Dazu hätte er zu den Kontoauszügen, Sammeleinzugslisten, Betriebskostenabrechnungen, Kontokorrentkonten aus der Mietbuchhaltung sowie den Verwalterabrechnungen vortragen und diese vorlegen müssen; der Verkäufer sei zu deren Herausgabe nicht verpflichtet, auch nicht im Schadensersatzprozess gegen den Notar.“<sup>4</sup>

Auch hier hätte der Käufer ohne sein Mitverschulden kein Beweismittel, während alle Beweismittel sicher beim Verkäufer zumindest entstanden wären. Der Richter könnte also zunächst seinen strategischen Skeptizismus anwenden, um den Verkäufer zur Vorlage von Beweismitteln zu motivieren, die belegen, dass er eine Grundlage für seine Darstellung der Nettokaltmieten hatte. Legt der Verkäufer nichts vor, wäre wegen seiner Passivität zu seinen Lasten der Vortrag des Käufers als wahr zu unterstellen. Der Verkäufer könnte aber einwenden, er habe die Unterlagen mit dem Verkauf der Wohnungen vernichtet oder sie verloren. Allerdings griffen dann jedenfalls innerhalb einer angemessenen Aufbewahrungsfrist die Grundsätze der Beweisvereitelung. Zwar ließe sich nicht mehr

<sup>2</sup> *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 303.

<sup>3</sup> Da die Aufnahmen zu Beweiszwecken gemacht wurden, ist schwer vorstellbar, dass der Beklagte, sollte er die Überzeugung erschüttern können, dass er die Aufnahmen noch hat, diese Aufnahmen nicht zumindest fahrlässig verloren hat, so dass ihn der doppelte Verschuldensvorwurf der Beweisvereitelung trafe.

<sup>4</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 9 mit Verweis auf BGH NJW 2007, 155f.

zutreffend aus dem Schweigen des Verkäufers schließen. Aber nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung wäre der Vortrag des Klägers sanktionshalber zu unterstellen. Auch dieser Fall lässt sich also nach den Grundsätzen des Grossman'schen Schließens aufklären.

Man könnte diese Übung wahrscheinlich an allen Beispielfällen fortsetzen, die Befürworter einer Erweiterung der Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei gesammelt oder ersonnen haben. Meine Vorhersage wäre, sie alle lassen sich über Grossman'sches Schließen im Sinne der Autoren lösen. Ein „Informationsproblem“ besteht daher im deutschen Zivilproblem nicht. Fälle, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei über ein aussagekräftiges Beweismittel verfügt, lassen sich unter Geltung des Beibringungsgrundsatzes aufklären.

## 2. Die Unterschiede zu Stürners Aufklärungsanspruch

In den Voraussetzungen ähnelt das Grossman'sche Schließen dem Auskunftsanspruch von *Stürner*. Auch *Stürner* setzt substantiierten Parteivortrag voraus.<sup>5</sup> Ebenso vertritt er eine subsidiäre Anwendung seines Auskunftsanspruchs: Die beweis- und darlegungsbelastete Partei soll zunächst Anhaltspunkte für ihre Position liefern, die eine gewisse Plausibilität begründen.<sup>6</sup> Erst wenn sie das typischerweise nicht kann, senkt *Stürner* die Anforderungen an die Plausibilisierung ab und zieht den Gegner zur Aufklärung heran.<sup>7</sup> *Stürner* unterwirft die Rechtsfolgen seines Aufklärungsanspruchs einer Verhältnismäßigkeitsprüfung,<sup>8</sup> bei der insbesondere auch die Erfolgsaussichten einer Heranziehung der nicht beweisbelasteten Partei für die Aufklärung zu berücksichtigen sein sollten.<sup>9</sup> Vor allem aber soll die Beweislastumkehr, die *Stürner* bei Verletzung der Aufklärungspflicht vorsieht,<sup>10</sup> erst eintreten, wenn die betreffende Partei trotz Aufklärungsmöglichkeit keinen Aufklärungsbeitrag leistet.<sup>11</sup> Damit verlangt auch er, dass die nicht beweisbelastete Partei wahrscheinlich auf ein Beweismittel zugreifen kann und die Möglichkeit der Entlastung hat. Die Wahrscheinlichkeit, die *Stürner* verlangt, ist höher als die hier verlangte, denn der Richter soll von der Beweismöglichkeit im Rechtssinne nach § 286 ZPO überzeugt sein.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 112 ff.

<sup>6</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 112 ff.

<sup>7</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 119.

<sup>8</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 138 f., 142.

<sup>9</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 139.

<sup>10</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 242 ff. spricht von einer für die betreffende Partei ungünstigen Fiktion. Weil aber auch nach Anwendung der Beweislast die der beweisbelasteten Partei ungünstige Sachlage fingiert wird, ist diese Fiktion nichts anderes als eine Umkehr der objektiven Beweislast.

<sup>11</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 234 ff.

<sup>12</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 234.

Verlangt ist also die sehr hohe Wahrscheinlichkeit, die das deutsche Beweismaß fordert. Für Grossman'sches Schließen ist meist – in Abhängigkeit von der Anfangswahrscheinlichkeit – eine bloß hohe Wahrscheinlichkeit oder zuweilen nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit erforderlich. Weil Grossman'sches Schließen damit häufiger anwendbar ist als *Stürners* Aufklärungsanspruch und dennoch die Überzeugung des Richters über das Beweismaß hebt, werden durch Grossman'sches Schließen mehr Fälle aufgeklärt als durch *Stürners* Aufklärungsanspruch.

Im Vergleich zur hier vorgeschlagenen Abhilfe bei Beweislosigkeit der beweisbelasteten Partei bedeutet *Stürners* Vorschlag zugleich eine Erleichterung und eine Verschärfung der Voraussetzungen. Liegt eine typische Beweislosigkeit vor, erleichtert die typisierende Betrachtung *Stürners* den Zugang zur Beweislastumkehr. Liegt aber Beweislosigkeit nur im Einzelfall vor, dann weist *Stürners* Vorschlag keinen Weg zur Beweiserleichterung. Wenigstens tatsächlich ist aber auch die hier vorgeschlagene Lösung, soweit es um den fehlenden Einfluss auf die Beweislosigkeit geht, meist auf eine typisierende Betrachtung angewiesen. Dieser Unterschied mag daher praktisch kaum Auswirkungen haben.

Auch durch die nach hier vertretener Lösung zumindest prinzipiell mögliche Aufklärung der Beweislosigkeit im Einzelfall dürfte der hier gemachte Vorschlag einige zusätzliche Fälle aufklären, die der *Stürner'sche* Vorschlag durch seine Beschränkung auf die typisierende Betrachtung unaufgeklärt lassen muss. Andererseits bliebe das Grossman'sche Schließen in einigen Fällen unangewendet, in denen sich der Richter trotz typischer Beweislosigkeit der beweisbelasteten Partei im Einzelfall nicht von ihrer Beweislosigkeit überzeugen konnte. Wenn es zwischen *Stürners* Aufklärungsanspruch und dem hier vertretenen Grossman'schen Schließen überhaupt einen durch die Aufklärung der Beweislosigkeit erzeugten Unterschied zwischen den jeweiligen Mengen an Fällen gibt, die aufgeklärt würden, dürften mit Hilfe des Grossman'schen Schließens tendenziell mehr Fälle *zutreffend* entschieden werden. Denn die Konstruktion des Grossman'schen Schließens richtet sich ausschließlich an den Anreizen zur Beweismittelvorlage und -erhaltung aus, und beschränkt die Anwendung normativer Kriterien auf ein Minimum.

*Stürner* sieht nicht, dass unter den Voraussetzungen, die er vorsieht, die Nichtvorlage meist auf den Inhalt des Beweismittels schließen lässt. Er meint deshalb, soweit die Voraussetzungen seines Aufklärungsanspruchs vorliegen, die objektive Beweislast umkehren zu müssen, indem er die Tatsache fingiert, die der nicht beweisbelasteten Partei ungünstig ist.<sup>13</sup> Grossman'sches Schließen führt dagegen nur zu einem Wechsel der subjektiven Beweislast. Das hat ganz praktische Folgen. Bei *Stürner* muss die ursprünglich nicht beweisbelastete Partei angesichts des Aufklärungsanspruchs bei Nichtvorlage den vollen Beweis

<sup>13</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 242 ff.



des Gegenteils erbringen. Das ist, ähnlich wie es bei der herrschenden Meinung zur Beweisvereitelung kritisiert wird, eine Überkompensation. Bei der Anwendung von Grossman'schem Schließen zu ihren Lasten kann die nicht beweisbelastete Partei sich zu ihrer Entlastung auf einen Gegenbeweis beschränken. Sie muss nur die Überzeugung des Richters erschüttern, dass sein strategischer Skeptizismus die reale Sachlage wiedergibt. Das kann sie auf unterschiedliche Weise tun. Am nächsten liegt natürlich die Vorlage des in ihrer Hand geglaubten Beweismittels. Aber sie kann auch die Überzeugung des Richters senken, dass sie realistischen Zugang zu aussagekräftigen Beweismitteln hat. Gelingt ihr das in ausreichendem Maße, entzieht sie dem strategischen Skeptizismus die ihn selbst rechtfertigende Kraft.

Schließlich ist *Stürners* Lehre vor allem aus zwei Gründen abgelehnt worden: Zum Teil wird das Bestehen einer Gesetzeslücke abgelehnt, weil die Verfassungsauslegung, auf die *Stürner* die Konstruktion seiner Wertungslücke stützt, nicht zwingend sei.<sup>14</sup> Hier hat *Stürner* allerdings durchaus prominente Gefolgschaft gefunden, denn auch das Bundesverfassungsgericht meint, wenn auch gestützt auf Art. 14 GG und nicht wie *Stürner* auf Art. 103 GG, dass der Gesetzgeber Informationsrechte vorsehen muss, wenn andernfalls Rechte undurchsetzbar blieben.<sup>15</sup>

Vor allem ist gegen *Stürners* Auskunftsanspruch aber eingewandt worden, seine Analogiebasis sei zu schmal.<sup>16</sup> *Stürner* meinte eine große Umwälzung vorschlagen und sie entsprechend mit der Ausnahmekonstruktion einer Analogie begründen zu müssen.<sup>17</sup> Die gewählte Analogie liegt in der Tat nicht nahe, weshalb *Stürner* einen weiten Bogen über eine Vielzahl gesetzlicher Auskunftsrechte hinweg spannen muss. Er braucht die Analogie, da der von ihm behauptete Wertungswiderspruch zwischen der unzureichenden Sachverhaltsaufklärung und dem Justizgewähranspruch auf mannigfaltige Weise auflösbar ist. Während *Stürner* in besonderen Fällen eine Beweislastumkehr befürwortet, versuchte etwa *Gomille* die Schließung der auch von ihm erkannten Informationslücke durch eine Verschärfung der Wahrheitspflicht, die auf der Dogmatik der Aussagedelikte aufbaut.<sup>18</sup> Nur wenn die Analogie also eindeutig den Weg wiese, wie die aufgefundene Wertungslücke zu schließen ist, könnten die Ge-

<sup>14</sup> *Arens*, ZZP 1983, 1–24, 13.

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2000, 349, 350 betreffend die Informationsrechte, die der Aktionär auf der Hauptversammlung ausüben kann, zustimmend *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 189f. Schon zuvor BVerfG NJW 1974, 1499, 1501, das feststellt, Gerichte dürften materielle Normen nicht durch ihre Auslegung von Verfahrensregeln aushöhlen.

<sup>16</sup> *Arens*, ZZP 1983, 1–24, 13; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 138; *Prütting*, AnwBl 2008, 153–159, 157; *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 87.

<sup>17</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 92ff.

<sup>18</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 167ff.

richte die erkannte Lücke selbst schließen. Andernfalls müssen die Gerichte auf die Entscheidung des Gesetzgebers warten, auf welche Weise dem grundgesetzlichen Gebot genügt werden kann. Die Analogie soll in *Stürners* Lösung diese Eindeutigkeit der gesetzlichen Wertung gewährleisten.

Die hier vorgeschlagene Aufklärungstechnik braucht dagegen keine Analogie und zeigt damit auch, dass keine Wertungslücke besteht, weil das geltende Recht ganz ohne methodische Kunstgriffe den verfassungsgemäßen Grad an Aufklärung erlaubt. Schließlich geht es in der hier vorgeschlagenen Lösung nur um die Frage, mit welcher Haltung der Richter das Schweigen der nicht beweisbelasteten, aber beweisfähigen Partei würdigen soll. Auf diese Frage gibt es nur zwei mögliche Antworten. Entweder der Richter ist skeptisch, und kann dadurch aufklären, oder er ist es nicht, und kann dann auch nicht aufklären. Weil der Richter den Sachverhalt nur mit Hilfe der skeptischen Haltung aufklären kann, und der Justizgewähranspruch, der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und die Privatautonomie Aufklärung gebieten, ist dem Richter die skeptische Haltung von Verfassungen wegen geboten. Wenn nur zwei Möglichkeiten der Rechtsanwendung denkbar sind und nur eine ist verfassungsgemäß, dann braucht man keine Analogie, denn der Vorrang der Verfassung macht die verfassungsgemäße Rechtsanwendung zur allein rechtmäßigen. Die andere Rechtsanwendungsmöglichkeit ist zu verwerfen. Methodisch steht die hier vorgeschlagene Lösung daher auf einem einfacheren und damit sichereren Fundament als die Lösung *Stürners*.

Schließlich bleibt die hier vorgeschlagene Lösung vollständig im anerkannten beweisrechtlichen Begriffsrahmen. Anders als die Lösung von *Stürner*, die durch die Wahl der Sanktion einer Umkehr der objektiven Beweislast die Ebene der Sachverhaltsfeststellung mit der Ebene der Allokation des Risikos des Scheiterns der Sachverhaltsaufklärung vermischt, spielt die hier vertretene Lösung allein auf der Ebene der Beweiswürdigung. Auch meint *Stürner*, es brauche eine Rechtspflicht der nicht beweisbelasteten Partei zur Vorlage von Beweismitteln, um die Nichtvorlage sanktionieren zu können, und muss diese Pflicht zwischen den Privaten aufwendig aus Verfassungsgrundsätzen konstruieren, die doch im Kern den Staat binden. Dagegen kann sich die hier vertretene Lösung darauf beschränken, den Richter als Repräsentanten des Staates für an den Justizgewährleistungsanspruch und das Gebot effektiven Rechtsschutzes gebunden zu halten. Auch diese Details zeigen, dass die hier vorgeschlagene Lösung allein durch die Analyse der tatsächlichen Möglichkeiten, die das geltende Recht bietet, zur Einsicht gelangt, dass die Sachverhaltsaufklärung zwar heute nicht verfassungsgemäß praktiziert werden mag, dass aber eine verfassungsgemäße Sachverhaltsaufklärung auf Grundlage des geltenden Rechts möglich ist und von diesem geboten wird.

## II. Aufklärungswirksamkeit durch Erweiterung der Menge zulässiger Beweisanträge und Wechselwirkung mit Dokumentationspflichten

Das Grossman'sche Schließen ist ein wirksames Aufklärungsinstrument. Seine Wirksamkeit wird noch dadurch gesteigert, dass es Beweisanträge zum Zugriff des Gegners auf Beweismittel zu zulässigen Beweisanträgen macht und Dokumentationspflichten bestimmte Parteien dazu zwingen, in großem Maße Beweismittel zu sichern. Das mag die alte Sorge vor unzulässiger Ausforschung verstärken. Doch ist dem Grossman'schen Schließen ein Geheimnisschutz inhärent, der für einen angemessenen Interessenausgleich sorgt.

### 1. Der Beweis über die Verfügbarkeit von Beweismitteln

Für eine wirksame Ausnutzung des Interessengegensatzes zwischen den Parteien ist es wichtig, dass der Richter weiß, dass beide Parteien vollständig informiert sind und beide Zugriff auf Beweismittel haben. Nur dann kann sich der Richter darauf beschränken, seinem Urteil die „Vereinigungsmenge“ der Parteivorträge als Sachverhalt zu Grunde zu legen. Auch die Nutzung von strategischem Skeptizismus zur Informationsgewinnung im Falle der allein informierten, nicht beweisbelasteten Partei ist voraussetzungsvoll. Nur wenn der Richter weiß, dass die belastete Partei seine vorläufige Annahme zu ihrem Nachteil mit ihren Informationen und Beweismitteln wirksam verändern kann, kann der Richter aus Schweigen lesen. Zur zutreffenden Würdigung von Vortrag und Beweisen der Parteien ist der Richter also auf Informationen über die Verteilung von Beweismitteln unter den Parteien angewiesen. Diese Information gerät so zum unverzichtbaren Indiz, über das auch Beweis erhoben werden kann und muss. Beweisanträge über die Verteilung der Beweismittel unter den Parteien können daher nicht als den Streitgegenstand nicht betreffend und damit als nicht entscheidungserheblich<sup>19</sup> abgelehnt werden. Das Ergebnis betrifft mindestens mittelbar, meist aber ganz unmittelbar die richterliche Einschätzung der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens des Tatbestandsmerkmals.

Kurz sei das an einem Fall<sup>20</sup> illustriert. Der Kläger K kaufte von der heute insolventen Verkäuferin eine Wohnung zu einem überhöhten Preis. Er nimmt nun die finanzierende Bank B nach den vom BGH ausgeformten Grundsätzen einer Aufklärungspflichtverletzung<sup>21</sup> auf Schadensersatz in Anspruch. Er trägt vor, die Beklagte habe ihn unter Verletzung ihrer Aufklärungspflicht nicht über

<sup>19</sup> *Jacoby*, Zivilprozessrecht, Rn. 535.

<sup>20</sup> Eine knappe Zusammenfassung von BGH NJW 2007, 2989ff. Auf das in diesem Fall auch behandelte Problem der Zurechnung einer Täuschung der Verkäuferin zur Bank selbst im Wege einer tatsächlichen Vermutung aufgrund institutionellen Zusammenwirkens wird hier nicht eingegangen.

<sup>21</sup> BGH NJW 2007, 2989 (Rn. 10); BGH NJW 2007, 2396, 2397 (Rn. 18–20) m. w. N.

die sittenwidrige Übervorteilung durch die Kaufpreisabrede aufgeklärt. Nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen ist Voraussetzung für die Aufklärungspflicht, dass die Bank wusste, dass der Preis den Wert der Immobilie um mindestens das Doppelte überstieg.<sup>22</sup> Die Bank hatte zur Prüfung ihres Risikos unstreitig ein Wertgutachten über die Immobilie in Auftrag gegeben, das sich noch bei ihren Akten befindet. Sie will dieses Gutachten nicht vorlegen.

Der BGH hat dem Tatgericht aufgegeben, das von § 142 ZPO eröffnete Ermessen auszuüben.<sup>23</sup> Sollte die Vorlage trotz Anordnung nach § 142 ZPO unterbleiben, wäre das Tatgericht gemäß § 427 ZPO, gegebenenfalls in analoger Anwendung, auch zum Schluss aus der Vorlageverweigerung zum Nachteil der Bank ermächtigt. Der Weg über § 142 ZPO ist vielleicht der Revision geschuldet. Der BGH brauchte eine verletzte Rechtsnorm, um der Revision stattzugeben und fand sie leicht in § 142 ZPO. Aber zum sicheren Schluss auf den Inhalt der Urkunde war die Anwendung des § 142 ZPO überhaupt nicht erforderlich. Streitig ist hier nur eine entscheidungserhebliche Tatsache: Wusste die Bank, dass der Preis den Wert der Immobilie um mehr als das Doppelte überstieg? Wenn die Bank es wusste, musste sie nach den durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen den Käufer auf die Kaufpreisüberhöhung hinweisen und wird, weil sie das unterlassen hat, zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt. Wenn sie es nicht wusste, wird die Klage abgewiesen. Die Beweislast trägt der Kläger, denn es handelt sich um eine anspruchsbegründende Tatsache. Wenn der Sachverhalt unaufklärbar bleibt, wird gegen den Kläger entschieden und die Sache abgewiesen. Die Bank muss von dem Wert ausgegangen sein, den das Gutachten angegeben hatte. Ist der gezahlte Preis höher als das Doppelte des Werts im Gutachten, wusste die Bank, dass der Preis den Wert um mehr als das Doppelte überstieg. Nur die Bank hat das relevante Beweismittel. Dieses Beweismittel kann sie, wenn es ihren Vortrag stützt, sicher von jedem Skeptizismus des Richters entlasten. Der Richter kann nun darauf hinweisen, dass er aus der Nichtvorlage des Gutachtens schließen wird, dass die Bank um den überhöhten Preis wusste. Steht in dem Gutachten ein Wert, der über der Hälfte des Preises lag (so dass die Bank davon ausgehen musste, dass der Preis niedriger war als das Doppelte des Werts), hat sie nun einen Anreiz, das Gutachten vorzulegen. Nur wenn der Skeptizismus des Richters den Tatsachen entspricht, hat sie keinen Vorlageanreiz, denn die Vorlage würde die Lage der Bank nicht verbessern. Der Richter könnte aus der Nichtvorlage also ohne weiteres zutreffend schließen, dass die Bank von der Preisüberhöhung wusste. Dieses Vorgehen wäre reine Beweiswürdigung.

Damit ist es eine den Streitgegenstand unmittelbar betreffende Beweisfrage, ob die Bank das Gutachten wirklich hat. Nehmen wir an, es sei unklar, ob die

---

<sup>22</sup> BGH NJW 2007, 2396, 2397 (Rn. 41) m. w. N.; BGH NJW 2007, 2989 (Rn. 15).

<sup>23</sup> BGH NJW 2007, 2989, 2992 (Rn. 22).

Bank das Gutachten hat oder nicht. Dann könnte der Darlehensschuldner behaupten, sie habe dieses Gutachten und darüber Beweis anbieten. Der gelungene Beweis würde dann die Anwendung des strategischen Skeptizismus ermöglichen. Wendete der Richter ihn an und legte die Bank nichts vor, wüsste der Richter nur aufgrund des gelungenen Beweises über den Zugriff der Bank auf das Gutachten sicher, dass der Preis über dem Doppelten des Werts lag. Noch unmittelbarer ist der Zusammenhang im umgekehrten Fall. Wendet der Richter strategischen Skeptizismus an, um aus der Nichtvorlage auf einen Preis von über dem Doppelten des Werts zu schließen, und gelingt der Bank dann doch der Beweis des fehlenden Zugriffs auf das Gutachten so bricht der Grossman'sche Schluss des Richters in sich zusammen und die Überzeugung des Richters sinkt unter das Beweismaß, so dass der Gegenbeweis erbracht ist.<sup>24</sup>

Die Antwort auf die Frage, ob die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf das Beweismittel hat, wirkt sich also unmittelbar auf die Überzeugung des Richters hinsichtlich der Streitgegenständlichen Frage des Wissens der Bank aus. Ein Beweisantrag über den Zugriff der Bank auf das Gutachten beträfe also entscheidungserhebliche Tatsachenbehauptungen. Ihm wäre stattzugeben.

## 2. Die Wechselwirkung zu Dokumentationspflichten

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass materiell-rechtliche Dokumentationspflichten durch Grossman'sches Schließen eine enorme faktische prozessuale Durchschlagskraft erhalten. Überall, wo Dokumentationspflichten bestehen und keine konkreten Zweifel an der ordnungsgemäßen Dokumentation begründet worden sind, weiß der Richter vom Vorliegen aussagekräftiger Beweismittel. In all diesen Fällen kann die Nichtvorlage der Dokumentation durch die nicht beweisbelastete Partei im Prozess gegen diese gewürdigt werden. Stellt sich heraus, dass die Dokumentation nicht ordnungsgemäß betrieben wurde, dürften direkt die Grundsätze der Beweisvereitelung einschlägig sein. Diese Einsichten dürften einen Teil der im Medizinrecht entstandenen Grundsätze auf ein weit über das Medizinrecht hinaus geltendes allgemeines Fundament stellen.

---

<sup>24</sup> Zur Klarstellung: Unter § 9 I. wurde die Überzeugung des Richters über den Zugriff auf das Entlastungsbeweismittel als „Voraussetzung“ des strategischen Skeptizismus beschrieben. Aber Grossman'sches Schließen ist kein Rechtsinstitut. Es ist ein epistemisches Schlussverfahren. Die „Voraussetzung“ der Überzeugung vom Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel ist eine epistemische. Ist der Richter nicht ausreichend davon überzeugt, dass die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel hat, weiß er auch nicht, ob die Partei nicht vorlegt, weil sie den Inhalt des Beweismittels verbergen will oder weil sie nicht an das Beweismittel kommt. Damit kann die Überzeugung des Richters vom Inhalt des Beweismittels das Beweismaß nicht mehr übersteigen. Es ist also nicht verboten, Grossman'sches Schließen auch bei fehlender Überzeugung vom Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel anzuwenden, aber seine Anwendung klärt in einer solchen Lage den Sachverhalt nicht auf.

Die heute durch die Rechtsprechungskodifikation in §§ 630f und 630g BGB abgesicherte<sup>25</sup> Gepflogenheit, in Arzthaftungsfällen ohne Umschweife die bei der Beklagten befindliche Krankenakte gemäß §§ 810 BGB, 422 ZPO beizuziehen,<sup>26</sup> musste zumindest in prozessualer Hinsicht<sup>27</sup> eigentlich nicht mit dem Zweck der Dokumentation<sup>28</sup> oder gar unmittelbar aus dem Behandlungsvertrag<sup>29</sup> oder der Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>30</sup> begründet werden. Vielmehr hätte es gereicht zu sehen, dass die Beklagte zur Entkräftung des strategischen Skeptizismus des Richters gern im Eigeninteresse die Krankenakte vorlegen möchte. In Antizipation dieses Umstands wird sich schon der Kläger auf die Krankenakte berufen.

Lücken in der Dokumentation müssen nicht durch – nun zum Teil kodifiziertes – Richterrecht Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr zeitigen.<sup>31</sup> Weil die Lücken in der Dokumentation das Grossman'sche Schließen vereiteln, sind die allgemeinen Grundsätze der Beweisvereitelung einschlägig. Nach diesen Grundsätzen wird die subjektive Beweislast auf die Beklagte übergewälzt. Eine sorgfaltswidrige Lückenhaftigkeit führt also nicht über den Umweg materiell-rechtlicher Ansprüche oder richterrechtlich entstandener und nun kodifizierter Rechtsinstitute zu beweisrechtlichen Erleichterungen, sondern das Verschulden löst unmittelbar die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung aus.

Diese Folgerungen sind nicht auf die Haftung medizinischer Dienstleister beschränkt, sondern in allen Rechtsgebieten anwendbar.

### III. Einschätzung von Kosten und Wirksamkeit des Grossman'schen Schließens im Vergleich zur *discovery*

Grossman'sches Schließen ist nicht *discovery*. Zur amerikanischen *pretrial discovery* bestehen mindestens drei schwerwiegende Unterschiede. Bei Anwendung des Grossman'schen Schließens ist die Beweisfrage schon genau spe-

<sup>25</sup> MüKo-BGB/*Habersack*, § 810 BGB Rn. 14.

<sup>26</sup> MüKo-BGB/*Habersack*, § 810 BGB Rn. 15.

<sup>27</sup> Die vorprozessuale Einsichtnahme kann Grossman'sches Schließen nicht gewährleisten.

<sup>28</sup> BGH NJW 1983, 328; BGH NJW 1978, 2337, 2338f.; MüKo-BGB/*Habersack*, § 810 BGB Rn. 14: Erstellung im Interesse des Patienten.

<sup>29</sup> BGH NJW 1983, 328; MüKo-BGB/*Habersack*, § 810 BGB Rn. 15.

<sup>30</sup> MüKo-BGB/*Habersack*, § 810 BGB Rn. 15.

<sup>31</sup> BGH NJW-RR 2003, 807, 808; BGH NJW 1996, 779, 781; BGH NJW 1993, 2375, 2376; BGH NJW 1984, 1403; BGH NJW 1978, 2337, 2339, nach denen ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr auslösen kann. Nun insoweit kodifiziert, als dass nach der Rechtsprechung (BGH NJW 1987, 1482, 1483) und nun gemäß § 630h III BGB vermutet wird, dass nicht dokumentierte Maßnahmen auch nicht vorgenommen wurden.

zifiziert. Damit sind „*fishing expeditions*“, zielloses Suchen nach belastendem Material, weitgehend ausgeschlossen.<sup>32</sup> Es geht um *ein* Beweismittel, das *eine* Beweisfrage beantworten kann. Zweitens ist Grossman'sches Schließen subsidiär, während *pretrial discovery* jedem Kläger offensteht, der konkreten Sachverhalt vorträgt und eine in den Augen des Gerichts verhältnismäßige *pretrial discovery* beantragt.<sup>33</sup> Schließlich werden die Beweismittelvorlagen bei Grossman'schem Schließen, anders als in der *pretrial discovery*, nicht durch Gerichtstrafen erzwungen.<sup>34</sup>

Während Grossman'sches Schließen bewirken dürfte, dass Prozesse günstiger werden und häufiger aufgrund einer wahren Sachverhaltsrekonstruktion entschieden werden, würden Formen der *discovery* zwar noch stärker dazu beitragen, Urteile auf den zutreffenden Sachverhalt zu stützen. Sie würden aber zugleich Prozesse teurer machen und dadurch den Zugang zur Justiz beschränken. Die so angelegte Abwägung erfolgt in drei Schritten. Zunächst soll anhand des Dieselskandals – etwas ausführlicher – aufgezeigt werden, was Grossman'sches Schließen zu leisten im Stande wäre, um diesen Befund dann – etwas knapper – der Leistungsfähigkeit der *pretrial discovery* gegenüberzustellen (beides unter § 10 III. 1.). Sodann wird der Nachteil der *discovery* aufgezeigt. Sie macht Prozesse teurer und beschränkt damit den Zugang zum Justizsystem (§ 10 III. 2.). Eine erste Einschätzung ergibt, dass der Zugewinn an zutreffender Sachverhaltsrekonstruktion zu klein ist, um die zusätzlichen Kosten der *discovery* zu rechtfertigen (§ 10 III. 3.).

### 1. Mehr Information durch *discovery*

In vielen prominenten amerikanischen Verfahren konnten haftungsauslösende subjektive Tatbestandsmerkmale nur belegt werden, weil im Zuge der *pretrial discovery* Dokumente zu Tage gefördert wurden, die ohne *discovery* praktisch sicher hätten verborgen werden können. Im Verfahren gegen die Betreiber von Grokster wegen Urheberrechtsverletzung bewies erst eine durch *discovery* entdeckte E-Mail des Chief Technology Officers, dass das Peer-to-Peer-Netzwerk die Urheberrechtsverletzungen seiner Mitglieder bewusst förderte.<sup>35</sup> Die Scha-

<sup>32</sup> In welchem Umfang *fishing expeditions* im amerikanischen Recht für wünschenswert gehalten werden, beschreibt *Subrin*, Boston College Law Review 1998, 691–745; knapp auch *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, Rn. 111.

<sup>33</sup> Zu den nun durch die Supreme-Court-Urteile „*Twombly*“ und „*Iqbal*“ insoweit verschärften Voraussetzungen, dass eben auch konkreter Sachvortrag erforderlich ist, vgl. *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, Rn. 99.

<sup>34</sup> Die Rule 37 b (1) und (2)(A)(vii) der Federal Rules of Civil Procedure stellt klar, dass die Nichtbefolgung von Gerichtsanordnungen im Rahmen der *discovery* einen „*contempt of court*“ bedeutet. Dessen Abstellung kann durch Zwangsgeld oder Beugehaft erzwungen werden, *Stürner*, Uniform Law Review 2001, 871–886, 878.

<sup>35</sup> Supreme Court of the United States, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc v. Grokster, Ltd.*, 545 US 913 (2005), 925. Für den Hinweis danke ich Mark Schweizer.

den Schadensersatzverfahren gegen die Tabakindustrie nahmen erst Fahrt auf, als durch *discovery* erlangte Dokumente belegten, dass die Hersteller schon lange gewusst hatten, wie schädlich ihre Produkte sind.<sup>36</sup> Heute scheinen in Deutschland die Verfahren im Zuge des Dieselskandals einen Bedarf für *discovery* zu demonstrieren. Wären von Grossman'schem Schließen ähnliche Ermittlungserfolge zu erwarten?

a) *Das Beispiel der VW-Verfahren*

In den Verfahren, die auf den Dieselskandal folgten, nehmen Konsumenten Autohersteller auf Schadensersatz in Anspruch, deren Fahrzeuge im Verkehr mehr Schadstoffe ausstießen als angegeben und erlaubt. Die Klagen teilen sich mittlerweile in zwei Wellen.<sup>37</sup> Die erste, weitgehend abgeschlossene Welle betrifft ausschließlich Ansprüche wegen einer „Abschalteinrichtung“, die VW in den Dieselmotor EA 189 eingebaut hatte. Sie schaltete die Abgasreinigung an, wenn die Wagen auf dem Teststand geprüft wurden, und ab, wenn sie am Straßenverkehr teilnahmen. Die zweite Welle betrifft weitere Ansprüche im Zusammenhang mit dem Dieselskandal, die aber andere Bauteile und Programmierungen auch anderer Hersteller betreffen, die die Abgasreinigung umso mehr abschwächen, je weiter sich die Situation von derjenigen auf dem Teststand unterscheidet.

Hier sollen nacheinander ein zentrales Problem der Sachverhaltsaufklärung in der ersten Klagewelle beleuchtet werden und sodann ein weiteres Problem der Sachverhaltsaufklärung, das vor allem in der zweiten Klagewelle relevant geworden ist.

aa) *Das Beweisproblem der ersten Welle*

Das Vorgehen gegen VW verlangt mangels vertraglicher Verbindung zwischen klagendem Verbraucher und dem Hersteller der Autos einen deliktischen Anspruch gegen die Gesellschaft, den die Gerichte vorzugsweise aus § 826 BGB herleiten.<sup>38</sup> Für die Haftung einer juristischen Person muss gemäß § 31 BGB ein Repräsentant den haftungsbegründenden Tatbestand in objektiver und subjektiver Hinsicht verwirklicht haben.<sup>39</sup> Der Schadensersatzanspruch ist in beiden

<sup>36</sup> *Ciresi/Walburn/Sutton*, William Mitchell Law Review 1999, 477–566, 479; *Rabin*, DePaul Law Review 2001, 331–357, 345; *Lafrance*, American Journal for Law and Medicine 2000, 187–203, 193. Auch für den Hinweis auf diesen Umstand danke ich Mark Schweizer.

<sup>37</sup> *Heese*, NJW 2021, 887–893, 887.

<sup>38</sup> Bundesgerichtshof, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962–1972, 1963; Oberlandesgericht Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 78.

<sup>39</sup> BGH NJW 2017, 250, 251; LG Hildesheim VuR 2017, 111, 113; *Heese*, JZ 2020, 178–189, 184; OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237–2246, 2241. Nach anderer Ansicht sind die Maßstäbe des § 166 II BGB maßgeblich, vgl. *Altmeyen*, NJW 2020, 2833–2839, 2835–2836.



Fällen also insbesondere davon abhängig, ob ein Repräsentant, zu denen etwa Vorstandsmitglieder aber auch der Leiter der Entwicklungsabteilung zählen,<sup>40</sup> von der Abschaltanlage wusste.<sup>41</sup> Es war vor allem diese innere Tatsache, die für die Kläger der ersten Welle ein erhebliches Darlegungs- und Beweisproblem erzeugte. Das Wissen des Repräsentanten liegt außerhalb der Erfahrungswelt des Klägers, so dass es für ihn praktisch unmöglich ist, den betreffenden Sachverhalt detailliert vorzutragen. Auch über Beweismittel für das Handeln und Wissen von Repräsentanten verfügt der Kläger typischerweise nicht.<sup>42</sup> Die Berichtsketten und Zuständigkeiten kennt dagegen allein VW und könnte sie wohl auch beweisen.

### *bb) Die Lösung der Rechtsprechung*

Die Gerichte sind mit diesem Problem sehr unterschiedlich umgegangen. Insbesondere das LG und das OLG Braunschweig haben allgemeinen Klägervortrag hinsichtlich der Beteiligung von Repräsentanten als unsubstantiiert zurückgewiesen und Klagen der ersten Welle abgewiesen.<sup>43</sup> Andere Gerichte haben sich dagegen im Einklang mit der allgemeinen Ansicht in Literatur und Rechtsprechung mit recht allgemeinem Vortrag des Klägers begnügt.<sup>44</sup>

Zum Teil waren Untergerichte von Wissen und Einfluss mindestens eines Repräsentanten schon aufgrund der öffentlichen Berichterstattung und insbesondere des Gewichts der getroffenen Entscheidungen überzeugt.<sup>45</sup> Einige Gerichte scheinen sogar, aus dem heimlichen Vorgehen von VW auf den Vorsatz ihrer Repräsentanten zu schließen.<sup>46</sup> Das Landgericht Düsseldorf hat sogar in gewisser Nähe zu dem hier vorgeschlagenen Vorgehen aus den Bemühungen von VW, die Verwendung des Ermittlungsberichts von JonesDay im Strafverfahren zu verhindern auf dessen für VW nachteiligen Inhalt geschlossen.<sup>47</sup>

Viele Gerichte behandelten den allgemeinen Klägervortrag, dass entweder ein Mitglied des Vorstands oder zumindest der Leiter der Abteilung Motoren-

<sup>40</sup> Bundesgerichtshof, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962–1972, 1966.

<sup>41</sup> Schäfer/Fuhrmann, Wirtschaftsdienst 2018, 243–251, 243 m. w. N. zur Tagespresse.

<sup>42</sup> Heese, JZ 2020, 178–189, 184; Thönissen, ZJP 2020, 69–102, 101–102.

<sup>43</sup> Vgl. Bericht von deren Urteilen in Bundesgerichtshof, Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 367/19, NJW 2020, 2804–2806, 2805.

<sup>44</sup> Vgl. statt aller Bundesgerichtshof, Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 367/19, NJW 2020, 2804–2806, 2805. Zustimmend Heese, NJW 2021, 887–893, 889.

<sup>45</sup> Sich einer Entscheidung des OLG Karlsruhe anschließend etwa OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237–2246, 2241–2242; ferner OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2020 – 4 O 436/17, BeckRS 2020, 701, Rn. 55–56. Zustimmend Heese, JZ 2020, 178–189, 184–185; Heese, NJW 2019, 257, 260. Der BGH hat diese Beweiswürdigung gebilligt, Bundesgerichtshof, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962–1972, 1965–1966.

<sup>46</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2020 – 4 O 436/17, BeckRS 2020, 701, Rn. 53; OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237–2246, 2241.

<sup>47</sup> Berichtet bei Methner/Mikosch, Fachzeitschrift Deutsches Autorenrecht 2019, 379–382, 381.

entwicklung von der Abschalteneinrichtung wusste, aber mangels substantiierten Bestreitens durch VW aufgrund einer sekundären Darlegungslast als zugestanden.<sup>48</sup>

Der BGH hat beide Wege gebilligt.<sup>49</sup> Er hatte keine Einwände gegen die Überzeugung, dass mindestens ein Repräsentant von VW die Abschalteneinrichtung kannte und ihren heimlichen Einbau billigte.<sup>50</sup> Vor allem den Gerichten, die sich von diesem Sachverhalt nicht überzeugen konnten, hat der BGH die Anwendung der sekundären Darlegungslast aufgegeben.<sup>51</sup>

Um wirksam zu bestreiten, so meint der BGH, müsse VW vortragen, „welche Ermittlungen [VW] mit welchem Ergebnis [...] insoweit angestellt habe und über welche Erkenntnisse [VW] insoweit verfüge.“<sup>52</sup> Auch zu „ihrer damaligen Organisationsstruktur und Arbeitsorganisation, den damaligen internen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten“ hätte VW als Klägerin entlastend vortragen können, so dass ein negativer Vortrag nicht verlangt werde.<sup>53</sup> Das OLG Koblenz ist der Ansicht, zur Entlastung müsse VW vortragen, ob es eine lückenlose Berichtsorganisation gab und wie VW sicherstellt, dass wesentliche Unternehmensentscheidungen dennoch im Normalfall bis auf die Vorstandsebene gelangen.<sup>54</sup> Spitzfindig wollte das LG Kleve wissen, wer die Entschei-

<sup>48</sup> Zuerst Landgericht Hildesheim, Urt. v. 17.01.2017 – 3 O 139/16, VuR 2017, 111–116, 113. Ihm folgend dann Landgericht Kleve, Urt. v. 31.03.2017 – 3 O 252/16, VuR 2017, 232–236, 235; unveröffentlicht ferner LG Paderborn, Urt. v. 7.4.2017 – 2 O 118/16, BeckRS 2017, 108460, Rn. 39–42; LG Osnabrück, Urt. v. 28.6.2017 – 1 O 29/17, BeckRS 2017, 136692, Rn. 60–63; LG Offenburg, 12.5.2017 – 6 O 119/16, BeckRS 2017, 109841, Rn. 20–23; LG Mönchengladbach, Urt. v. 11.7.2017 – 1 O 320/16, BeckRS 2017, 132860, Rn. 70–74. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Nichtvorlage interner Ermittlungsergebnisse LG Köln, Urt. v. 18.7.2017 – 22 O 59/17, BeckRS 2017, 124393, Rn. 31; LG Stuttgart, Urt. v. 17.01.2019 – 23 O 180/18, BeckRS 2019, 272, Rn. 62. Auf Ebene der Oberlandesgerichte dann etwa OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237–2246, 2242; Oberlandesgericht Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 72; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2020 – 4 O 436/17, BeckRS 2020, 701, Rn. 65. Zustimmend Heese, NJW 2021, 887–893, 889. Gebilligt von Bundesgerichtshof, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962–1972, 1967.

<sup>49</sup> Bundesgerichtshof, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962–1972, 1962 und 1965.

<sup>50</sup> Bundesgerichtshof, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962–1972, 1965.

<sup>51</sup> Bundesgerichtshof, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962–1972, 1966–1967; Bundesgerichtshof, Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 367/19, NJW 2020, 2804–2806, 2805.

<sup>52</sup> Bundesgerichtshof, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962–1972, 1967. Entsprechend auch schon OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237–2246, 2241–2242; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2020 – 4 O 436/17, BeckRS 2020, 701, Rn. 64; Landgericht Kleve, Urt. v. 31.03.2017 – 3 O 252/16, VuR 2017, 232–236, 235–236; Landgericht Hildesheim, Urt. v. 17.01.2017 – 3 O 139/16, VuR 2017, 111–116, 113–114.

<sup>53</sup> Bundesgerichtshof, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962–1972, 1967.

<sup>54</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237–2246, 2243, das insoweit davon ausgeht, dass auch ein bewusst organisiertes Nichtwissen die Zurechnung nach § 31 BGB auslöst, so dass der Bericht einer lückenhaften Wissensorganisation erst einmal haftungsbegründend wirken würde. Ähnlich OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2020 – 4 O 436/17, BeckRS 2020, 701, Rn. 62.

dung zum Einbau der Abschaltautomatik getroffen hatte, ob und an wen die Entscheidung an die darüber befindlichen Hierarchiestufen weiterkommuniziert wurde und vor allem welches Budget für die Entwicklung der Abschalt-einrichtung eingesetzt wurde.<sup>55</sup>

Die negative Darlegungslast ist im Fall von VW, so sehr sie dem öffentlichen Rechtsgefühl entsprechen mag, allerdings dogmatisch schwer zu verteidigen und riskiert darüber hinaus bei geschicktem Vortrag von VW – den VW wohl nie erbracht hat – die Wirkungslosigkeit.

Erstens ist die sekundäre Darlegungslast nur anwendbar, soweit substantiierter Vortrag der Gegenseite zumutbar ist. Zumutbar ist der substantiierte Vortrag typischerweise nicht, wenn der Gegner das Nichtvorliegen einer Tatsache vortragen muss.<sup>56</sup>

Ziemlich klar verlangt etwa das OLG Koblenz negativen Vortrag: „Wenn sie [die Beklagte, d. h. VW] aber weiß und auch wissen muss, wer unterhalb der Vorstandsebene wann welche Kenntnis gehabt hat, ist es ihr auch möglich nachzuvollziehen, ob entsprechende Kenntnis an den Vorstand weitergegeben wurde oder nicht.“<sup>57</sup> Das trifft nur zu, wenn die Information tatsächlich weitergegeben wurde. Dann kann man klar substantiieren, wie das geschah. Wurde sie aber nicht weitergegeben, würde eine substantiierte Darlegung dieser negativen Tatsache erfordern, zumindest alle vorgesehenen Berichtswege auszuschließen. Was den Anschein des Ausschlusses einer Sachverhaltsvariante pro Berichtsweg haben mag, wird bei näherer Betrachtung kompliziert: Selbst, wenn klar ist, an wen der Informationsträger berichten soll, kann er doch auf unendlich viele Arten berichten: Per Telefon, E-Mail, Textnachricht, persönlich, in der Kantine usw. Und er kann zu unendlich vielen Zeitpunkten berichten. Für all diese Berichtsmöglichkeiten scheint das OLG eine konkrete Behauptung ihres Nichteintritts zu fordern. Das wird normalerweise mit gutem Grund für unzumutbar gehalten, denn umgekehrt ist ja gerade der Fall, in dem die (primäre) darlegungsbelastete Partei das Nichtvorliegen einer Tatsache vortragen müsste, ein Hauptanwendungsfall der sekundären Darlegungslast.<sup>58</sup>

Andere Gerichte geben zwar vor, sie verlangten von VW ausschließlich positiven Vortrag. VW solle preisgeben, welche Ermittlungsbemühungen angestellt

<sup>55</sup> Landgericht Kleve, Urt. v. 31.03.2017 – 3 O 252/16, VuR 2017, 232–236, 236.

<sup>56</sup> BGH NJW 2014, 149, 150 (Rn. 20); BeckOK-ZPO/Bacher, § 284 ZPO Rn. 85.12. Zwischenzeitlich hat das LG Hildesheim dieses Problem seiner Argumentation erkannt und hält sie dennoch aufrecht. Es verweist nun darauf, dass von VW die relevanten konzerninternen Vorgänge „bewusst verschleiert wurden mit dem Ziel, sich im Wege der Manipulation Sonder Vorteile zu verschaffen.“ In dieser Konstellation kämen Erleichterungen der sekundären Darlegungslast nicht in Betracht. Vgl. LG Heilbronn, Urt. v. 9.8.2018 – Sp 2 O 278/17, BeckRS 2018, 24229, Rn. 34. Dieses Argument scheint mir das Beweisergebnis vorauszusetzen und insoweit zirkulär zu sein.

<sup>57</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237–2246, 2242–2243.

<sup>58</sup> Musielak/Voit/Stadler, § 138 ZPO Rn. 10a.

worden seien und was sie erbracht hätten, wie die interne Organisationsstruktur aussehe, welche Berichtswege eingerichtet waren, und welches Budget genutzt wurde. Allerdings scheinen die Gerichte hier durchweg dem confirmation bias<sup>59</sup> zu unterliegen. Sie fordern zum Vortrag von Informationen auf, die ihre – ja durchaus wahrscheinliche – Vermutung bestätigen, dass die Repräsentanten von VW von der sittenwidrigen Schädigung wussten und sie billigten. Ein Fall positiven Vortrags liegt aber nur dann vor, wenn VW sich durch positiven Vortrag entlasten konnte. Das erscheint sehr zweifelhaft. VW hatte ja – wenn vielleicht auch nur mäßig glaubwürdig – vorgetragen, dass die Ermittlungen noch nichts ergeben hätten. Substantiierung dieser Behauptung würde erfordern darzulegen, was man alles nicht weiß. Das ist negativer Vortrag. Auch die Darlegung der Berichtswege kann nur der Selbstbelastung dienen und den Schluss rechtfertigen, dass ein Repräsentant beim normalen Gang der Dinge informiert worden wäre. Die Behauptung von VW war aber gerade, dass die Berichtswege *nicht* eingehalten wurden. Das zu substantiieren, würde negativen Vortrag erfordern. Die Frage, welches Budget verwendet wurde, erscheint deshalb so spitzfindig, weil die Antwort klarstellen muss, welcher Repräsentant „geschlafen“ oder gebilligt hat. Aber zur Entlastung hätte VW immer noch vortragen müssen, dass dieser Repräsentant etwas *nicht* wusste. Insofern lässt sich das Argument, das Pfeiffer „auf einem Rechtsgutachten“ basierend gegen eine sekundäre Darlegungslast von VW vorgetragen hat, nicht ganz von der Hand weisen: „Vortrag [, der die negative Tatsache der Unkenntnis der fraglichen Person vollständig belegt,] ist jedenfalls im logischen Sinne weder möglich noch zumutbar“, weil dann vorzutragen sei, „warum jegliche auch nur irgend denkbare Möglichkeit ausscheidet, dass [der Repräsentant] Kenntnis vom Handeln nachgeordneter Mitarbeiter hatte[.]“.<sup>60</sup>

Daneben ist auch zu bedenken, dass die sekundäre Darlegungslast keine Umkehr der Beweislast bewirkt und ihre Erfüllung daher auch keine Vorlage von Beweismitteln voraussetzen kann. Seit bekannt geworden ist, dass der interne Untersuchungsbericht, den VW bei der Kanzlei Jones Day in Auftrag gegeben hatte, bei einer Durchsichtung der Münchener Staatsanwaltschaft beschlagnahmt wurde,<sup>61</sup> scheinen Gerichte nahezulegen, dass VW in Erfüllung der sekundären Darlegungslast den Bericht vorlegen solle.<sup>62</sup> In der Tat hätte die-

<sup>59</sup> *Rachlinski/Wistrich*, Southern California Law Review 2013, 101–166, 125–127.

<sup>60</sup> *Pfeiffer*, ZIP 2017, 2077–2084, 2082.

<sup>61</sup> Vgl. Berichte des Handelsblatts vom 5.7.2018 unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/bericht-von-jones-day-vw-und-die-diesel-dokumente-chronik-einer-blockierten-aufklaerung/22771920.html?ticket=ST-2978048-UEVxpMSIqgiIk6QeHiuo-ap5> und vom 6.7.2018 unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/bundesverfassungsgericht-volkswagen-muss-brisante-dokumente-im-dieselskandal-herausgeben-/22774332.html> (jeweils zuletzt abgerufen am 20.12.2021).

<sup>62</sup> Etwa LG Düsseldorf berichtet bei *Methner/Mikosch*, Fachzeitschrift Deutsches Auto-recht 2019, 379–382, 381.

ser Bericht, wenn er durch Belege seiner Vollständigkeit flankiert worden wäre, den Kenntnisstand von VW wohl gut belegt. Aber die Gerichte können auf der Grundlage ihrer Konstruktion nicht die Benennung von Zeugen oder die Vorlage von Unterlagen erreichen. Die Erfüllung einer sekundären Darlegungslast verlangt keine Vorlage oder Preisgabe von Beweismitteln. Sie beschränkt sich auf die Darlegung, die von der Beweisebene zu trennen ist.<sup>63</sup> Das macht die sekundäre Darlegungslast schwach. Sollte VW – vielleicht gegen alle Wahrscheinlichkeit – wirklich den Eindruck haben, dass kein Repräsentant von der Abschaltautomatik gewusst hat, und sollten die Gerichte zur Entlastung von der sekundären Darlegungslast, richtigerweise nur verlangen, dass eine Möglichkeit vorgetragen wird, wie die Abschalteinrichtung hinter dem Rücken der Repräsentanten entwickelt und verbaut wurde, dann hätte der Kläger immer noch kein Mittel zum Beweis seiner nun wirksam bestrittenen Behauptung. Natürlich mag es sein, dass die Gerichte der Darlegung von VW keinen Glauben geschenkt hätten.<sup>64</sup> Allerdings sollte dieses Glauben oder Nichtglauben vollständig in die freie Beweiswürdigung fallen. Einige Gerichte mögen der Überzeugung sein, dass Entscheidungen von dieser Tragweite den Repräsentanten nicht verborgen bleiben konnten. Andere – man denke an die Braunschweiger Gerichte – mögen das anders sehen. Wie vorn in der Begründung, warum der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff anzulehnen ist, deutlich geworden ist, gibt es bei der Rückbindung solcher Anfangswahrscheinlichkeiten an die Realität kein Richtig und kein Falsch. Es lässt sich nicht sagen, welche Überzeugungen ein Gericht halten *muss*. Vor allem gibt es wegen § 286 ZPO für den BGH hier abseits des Anscheinsbeweises nichts zu kontrollieren. Wenn also der Kläger an die „falsche“ Tatsacheninstanz gerät, die vom Wissen der Repräsentanten nicht ohnehin schon überzeugt ist, würde ihm die sekundäre Darlegungslast bei recht verstandenem substantiiertem Bestreiten von VW nicht über seine Beweisnot hinweghelfen.

Die Lösung der deutschen Justiz ist daher dogmatisch zweifelhaft. Sie erlegt VW eine sekundäre Darlegungslast auf, obwohl der verlangte Vortrag eine negative Tatsache beschrieb und VW daher unzumutbar ist. Sie vermischt mit der teilweise anvisierten Vorlage des Jones-Day-Berichts die Darlegungs- mit der Beweisebene. Und ob sie das Beweisproblem löst, ist zumindest offen. Denn sie verschafft den Klägern kein Beweismittel, um den Vortrag der Beklagenseite zu widerlegen, sollte es dem Autobauer – oder einem anderen Beklagten in einem Verfahren, das die beschriebene Problematik in anderem Kontext aufweist – irgendwie gelingen, ausreichend detailliert vorzutragen.

---

<sup>63</sup> Zöller/Greger, Vor § 284 ZPO Rn. 34.

<sup>64</sup> Diese Möglichkeit erwog ein anonymer Gutachter der DFG, dem ich für den Hinweis danke.

cc) *Wie weit trägt Grossman'sches Schließen?*

Was kann Grossman'sches Schließen hier ausrichten? Gegeben, dass man von der Existenz des Jones-Day-Berichts weiß, eine ganze Menge: Auf der Darlegungsebene braucht man die sekundäre Darlegungslast eigentlich nicht. Der Kläger trägt vor, ein Repräsentant wusste von der Abschalt-einrichtung und habe nichts gegen sie unternommen. Ferner trägt er vor und beweist unter Bezugnahme auf die Beschlagnahme der Staatsanwaltschaft und vielleicht das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht über die Rechtmäßigkeit der Verwendung des Berichts im Strafverfahren,<sup>65</sup> dass der Jones-Day-Bericht bei VW existiert. Genaueren Vortrag kann man von ihm nicht verlangen und der Vortrag kann unter die Anspruchsgrundlage subsumiert werden. Er ist damit hinreichend substantiiert. Die beklagte VW AG bestreitet, dass ein Repräsentant von der Abschalt-einrichtung wusste. Den Beweis der Existenz des Berichts wird sie schwerlich erschüttern können. Man wechselt sodann bezüglich der Haupttatsache auf die Beweisebene. Hier unterstellt der Richter auf skeptische Weise, dass sich aus dem Bericht die Tatsache ergebe, dass der Vorstand oder zumindest der Leiter der Abteilung Motorentwicklung von der Abschalt-einrichtung wusste und sie billigte. Entlastet der Bericht VW dagegen, etwa, weil sich ergibt, dass die Unternehmensleitung tatsächlich hintergehen ließ, hat VW nun einen Anreiz, den Bericht vorzulegen und notfalls seine Authentizität und Vollständigkeit bezeugen lassen. Ist die richterliche Annahme dagegen zutreffend, fehlt der Anreiz zur Vorlage, denn sie würde für VW ja nichts besser machen. VW würde den Bericht daher unter Verschluss halten. Per Grossman'schem Schließen weiß der Richter dann, dass seine skeptische Annahme zutrifft.

Aber nehmen wir zur Illustration an, es gäbe keinen Jones-Day-Bericht und man kenne die Beweismittel nicht, die VW vorlegen könnte, um zu beweisen, dass der Vorstand von der Abschalt-einrichtung nichts wusste. Kann Grossman'sches Schließen in der hier vorgeschlagenen Form dann noch etwas erreichen? Verlangt es nicht, dass der Richter weiß, dass ein Dokument, dass VW im Falle einer unberechtigten Inanspruchnahme aussagekräftig entlasten würde bei VW vorliegt? Und bricht es nicht zusammen, sobald VW schlicht sagt, „wir haben nichts“?<sup>66</sup>

Der Vortrag der Parteien bliebe gleich, nur könnte der Kläger nun nicht mehr vortragen, es gebe den Jones-Day-Bericht. Vielmehr müsste und könnte er nur vortragen, es gebe ein aussagekräftiges Beweismittel bei VW, das bei Vorlage sicheren Aufschluss darüber gibt, ob der Vorstand von der Abschalt-einrichtung wusste.

<sup>65</sup> Vgl. Nachweise in Fn. 61.

<sup>66</sup> Solche kritischen Nachfragen stellte mir Mark Schweizer. Sie haben mir dabei geholfen, die Darstellung der Wirksamkeit des hier vertretenen Vorschlags zu schärfen.

Zur Wirksamkeit von Grossman'schem Schließen genügt es in diesem Fall zu wissen, dass die nicht beweisbelastete Partei irgendein Beweismittel hat, während unerheblich ist, um welches es sich konkret handelt. Wenn der Richter also überzeugt ist, dass VW irgendein Beweismittel hat, das Aufschluss über das Wissen des Vorstands gewährt, kann er Grossman'sches Schließen anwenden und sein strategischer Skeptizismus erstarkt in volle Überzeugung, wenn ein *aussagekräftiges* Beweismittel nicht präsentiert wird. Das wird öfter der Fall sein, als man vielleicht zunächst annehmen mag. In arbeitsteilig organisierten Unternehmen wird es in der Regel Zeugen von praktisch allen Abläufen geben. Oft sind sie nicht selbst entscheidungsbefugt, so dass sie sich mit ihrer Aussage nicht strafrechtlich selbst belasten und ihnen daher kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Wer genau dieser Zeuge ist, muss dem Gericht zur Anwendung von Grossman'schem Schließen nicht bekannt sein. Es genügt die hohe subjektive Wahrscheinlichkeit, dass die nicht beweisbelastete Partei einen informierten Zeugen benennen können. Die Auswahl des Zeugen kann dann der nicht beweisbelasteten Partei überlassen bleiben. Nahe läge im VW-Fall etwa ein Vorstandsassistent, der die Entscheidungen des Vorstands vorbereitete und daher weiß, über was der Vorstand informiert wurde. Hat das Gericht also etwa Anhaltspunkte dafür, dass in der Volkswagen AG Dritte wussten, was der Vorstand wusste, kann Grossman'sches Schließen angewendet werden. VW würde hier keine *probatio diabolica* abverlangt. Dass ein Negativbeweis verlangt ist – VW muss eine Person auswählen, die bezeugt, dass der Vorstand etwas *nicht* wusste –, ist gleich aus zwei Gründen unschädlich. Erstens kann ein Zeuge darlegen, warum und inwieweit er zu wissen meint, was der Vorstand weiß, und so bei glaubhafter Aussage sinnvoll eine hohe Wahrscheinlichkeit für Nichtwissen des Vorstands begründen. Man stelle sich vor, es entspreche der Praxis im Unternehmen, dass alle Vorgänge, mit denen der Vorstand befasst ist, über den Schreibtisch des Assistenten gehen. Wenn dieser Assistent eine gute Gedächtnisstütze – etwa ein sorgfältig geführtes Notizbuch – anführen kann und sich unter Beiziehung dieser Stütze nicht daran erinnert, etwas von der Abschaltanlage gehört zu haben, dann würde seine Aussage sehr ernsthafte Zweifel daran säen, dass der Vorstand von der Vorrichtung wusste. Zweitens muss VW nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Nichtwissen des Vorstands begründen. VW muss lediglich gegenbeweislich dafür sorgen, dass des Richters vorläufige Annahme, der Vorstand sei informiert gewesen, nicht in voller Überzeugung des Gerichts erstarkt. Das ist keine Herkulesaufgabe. Dafür genügt die Begründung ernster Zweifel am Wissen des Vorstands. Allerdings bricht der Grossman'sche Schluss, wenn der Richter überzeugt ist, dass VW einen aussagekräftigen Zeugen präsentieren könnte, auch erst bei Präsentation eines solchen zusammen. Hat der Richter den Eindruck, es wird ein unwissender Zeuge als „Strohmann“ präsentiert, entspricht dies der Nichtpräsentation des von ihm erwarteten wissenden Zeugen und sein strategischer Skeptizismus erstarkt zur vollen Überzeugung.

Daran wird auch sichtbar, dass Grossman'sches Schließen kein absolut sicherer Weg zur Wahrheit ist. Findet sich der Vorstandsassistent angesichts der geringen Entdeckungswahrscheinlichkeit bereit, wahrheitswidrig zu bezeugen, dass der Vorstand nichts wusste, wird das Gericht die Klage abweisen. Aber es erschwert Beklagten wie VW eine Verdunkelungsstrategie, weil sie dafür einen bisher Unbescholtenen finden müssen, der bereit ist, sich strafbar zu machen.

In einem dritten Schritt soll zur weiteren Illustration nun angenommen werden, dass Anhaltspunkte dafür, dass VW über ein aussagekräftiges Beweismittel verfügt, zunächst gänzlich fehlen. Nehmen wir an, es sei VW gelungen, seine interne Organisation geheim zu halten. In diesem Fall wird der Kläger vortragen wie zuvor: Ein Repräsentant war informiert und VW hat ein aussagekräftiges Beweismittel. Das gilt als substantiiert, weil der Kläger mehr nicht wissen kann. Die Beklagte bestreitet beides. Nun wird relevant, dass durch Grossman'sches Schließen auch die Verfügbarkeit der Beweismittel zur erheblichen Beweisfrage wird.<sup>67</sup> Eine sekundäre Darlegungslast wird allenfalls ausnahmsweise in Betracht kommen, denn letztlich müsste die Beklagte wieder eine negative Tatsache vortragen, die schwer zu substantiieren ist. Ausnahmsweise mag an dieser Stelle gefordert werden, dass die Beklagte vorträgt, wie bei ihr bestimmte Abläufe normalerweise dokumentiert werden. Der Richter muss aber vor allem, nachdem er festgestellt hat, dass er vom Vorhandensein eines aussagekräftigen Beweismittels in den Händen von VW nicht hinreichend überzeugt ist, Beweis über diese Frage erheben. Es ist ziemlich fest damit zu rechnen, dass es im Unternehmen Menschen gibt, die die Organisation gut genug kennen, um bezeugen zu können, dass die Beklagte ein aussagekräftiges Beweismittel hat bzw. dass das nicht der Fall ist. Wenn der Richter sich hinreichend vom Vorhandensein solcher Zeugen oder auch vom Vorhandensein entsprechender Dokumentation überzeugen kann, bietet sich hier die Möglichkeit, durch Grossman'sches Schließen zunächst auf das Vorhandensein eines aussagekräftigen Beweismittels bei der Beklagten zu schließen und dann aufgrund dieses Schlusses mittels Grossman'schem Schließen weiter auf das Wissen des Vorstands. Weil sich in solchen Verkettungen von Wahrscheinlichkeitsschlüssen die Wahrscheinlichkeiten, die alle kleiner 1 sind, gegenseitig abschwächen,<sup>68</sup> ist zu beachten, dass man dieses Prozedere schwerlich über noch weitere Stufen anwenden und dennoch eine volle Überzeugung des Gerichts erreichen kann. Über eine Stufe ist es aber, je nach Anfangsüberzeugungen des Richters durchaus möglich.

Im Ergebnis erhöht Grossman'sches Schließen die Aufklärungsmöglichkeiten im Vergleich zum status quo erheblich. Vor allem gelingt dies auf dogmatisch überzeugendere Weise als eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich einer negativen Tatsache.

<sup>67</sup> Vgl. dazu vorn § 10 II. 1.

<sup>68</sup> Wenn man Werte zwischen null und eins miteinander multipliziert, wird das Ergebnis kleiner als beide Anfangswerte sein.



*dd) Die Erklärung der Vermischung von Darlegungs- und Beweisebene durch die Rechtsprechung*

Letztendlich lässt sich mit Gossman'schem Schließen vielleicht eine überraschende Inkonsistenz in der Rechtsprechung zur Zurechnung von Wissen und Billigung der Repräsentanten zu VW erklären. Einige Gerichte scheinen die Darlegungs- und die Beweisebenen zu vermischen. Das OLG Koblenz formuliert zum Beispiel eine aus Indizien gespeiste „Vermutung“<sup>69</sup> die durch eine sekundäre Darlegung zu „entkräften“ sei.<sup>70</sup> Diese Verbindung der Darlegungs- mit der Beweisebene ist möglicherweise gerade noch nicht dogmatischer Unsinn, denn in die Beweiswürdigung geht auch der Vortrag der Parteien ein. Aber wunderlich ist es schon, dass gegenbeweislich allein eine Darlegung erforderlich sein soll und das Gericht offenbar schon vorhersieht, dass allein der Vortrag genügen wird, seine Überzeugung vom Wissen der Repräsentanten wieder unter das Beweismaß abzusenken. Normalerweise würde man erwarten, dass das Gericht einen Gegenbeweis erwartet, wenn es vom Vorliegen der zu beweisenden Tatsache aufgrund von Indizien schon überzeugt ist. Was in dieser Vermischung von Darlegungs- und Beweisebene aber deutlich wird, ist, dass sich die Überzeugung der Gerichte auch gerade auf das eiserne Schweigen von VW stützt. Im Ansatz und vielleicht noch unreflektiert scheinen Gerichte wie das OLG Koblenz also Grossman'sches Schließen schon zu praktizieren.

*ee) Das Beweisproblem der zweiten Welle*

In der zweiten Klagewelle geht es um andere Motoren, andere Software, andere Abgasreinigungstechniken und auch andere Hersteller als in der ersten.<sup>71</sup> Die Sachverhalte dieser Klagen sind weniger geklärt als die der ersten Welle.<sup>72</sup> Während in den Fällen der ersten Welle die Abgasreinigung auf dem Prüfstand an und auf der Straße abgeschaltet wurde, sind viele Sachverhalte der zweiten Welle weniger kategorisch. Die „Thermofenster“ genannte Technologie etwa reduziert die Abgasreinigung umso mehr, je stärker sich die Außentemperatur von der auf dem Teststand unterscheidet.<sup>73</sup> Ferner werden weitere noch weitgehend unbekannte Abschaltvorrichtungen in der Motorsteuerung vermu-

<sup>69</sup> Nicht erklären kann Grossman'sches Schließen die bedauerlicherweise fehlgeleitete Verwendung des Begriffs der Vermutung in diesem Kontext. Indizien begründen keine Vermutung, auch keine tatsächliche. Entweder das Beweismaß ist überschritten, dann begründen sie (den vollen) Beweis, oder es ist nicht überschritten, dann begründen sie gar nichts. Vgl. weitere Berichte von Argumentationen mit solchen irreführenden Begrifflichkeiten im hier bearbeiteten Kontext bei Heese, JZ 2020, 178–189, 184; Methner/Mikosch, Fachzeitschrift Deutsches Autorecht 2019, 379–382, 380–381.

<sup>70</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 – 5 U 1318/18, NJW 2019, 2237–2246, 2242.

<sup>71</sup> Heese, NJW 2021, 887–893, 888.

<sup>72</sup> Heese, NJW 2021, 887–893, 889; Heese, NJW 2021, 887–893, 887.

<sup>73</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 3.

tet,<sup>74</sup> etwa eine Reduktion der Zuführung von Harnstofflösung abseits des Prüfstands, die gemeinsam mit bestimmten Katalysatoren den Stickoxydausstoß reduziert.<sup>75</sup>

Aus dieser tatsächlichen Unsicherheit ergeben sich drei miteinander verbundene Beweisprobleme. Erstens sind die Details der Abschaltvorrichtungen den Klägern unbekannt, so dass mitunter schwer zu klären ist, ob es sich um eine unerlaubte Abschaltvorrichtung handelte oder nicht. Zweitens scheint der kontinuierliche Charakter der Abschaltung (je größer der Unterschied zum Teststand desto weniger Abgasreinigung) manche in kategorischen Unterscheidungen (an oder aus) zu denken gewohnte Richter zu verunsichern, so dass sie eine bewusste Täuschung verneinen.<sup>76</sup> Eine solche bewusste Täuschung des Kraftfahrbundesamts würde nach der Rechtsprechung des BGH eine sittenwidrige Schädigung indizieren.<sup>77</sup> Die Unsicherheit hinsichtlich der objektiven Voraussetzungen der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung lassen schließlich auch die subjektiven Merkmale, die die besondere Verwerflichkeit begründen, und den Schädigungsvorsatz unsicher erscheinen.<sup>78</sup>

Klären könnte die Sachlage oft die Vorlage eines Rückrufbescheids des Kraftfahrbundesamts, soweit der streitbefangene Motor von einem solchen betroffen war. In diesen Rückrufbescheiden beschreibt das Kraftfahrbundesamt bestimmte Abschaltvorrichtungen, stellt ihre Rechtswidrigkeit begründet fest und fordert die Hersteller zu Nachbesserungen an der Abgasreinigung auf.<sup>79</sup> Hieraus ergibt sich also, welche Abschaltvorrichtungen in einem bestimmten Modell wirken, ob die Hersteller diese bei Beantragung der Typengenehmigung ausreichend detailliert beschrieben haben sowie ob und warum sie rechtswidrig sind. Wurde eine rechtswidrige Abschaltvorrichtung verschwiegen, kann man das für eine Täuschung des Kraftfahrbundesamts durch Unterlassen halten.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 10 (Behauptungen des Klägers in diesem Verfahren).

<sup>75</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 4.

<sup>76</sup> Der siebte Senat des BGH lässt sich zu der sehr fragwürdigen Ansicht hinreißen, dass zwar im Falle der VW-Abschalteinrichtung der Prüfstand erkannt werde, im Falle des Thermofensters aber „die Abgasreinigung im Grundsatz auf dem Prüfstand und im realen Betrieb in gleicher Weise“ erfolge, BGH, Urt. v. 16.09.2021 – VII ZR 190/20, Juris, Rn. 4. Dabei verändern beide Systeme schlicht die Abgasrückführung in Abhängigkeit von Messdaten über die Umwelt. Diese Messdaten unterscheiden sich vorhersehbarerweise, je nachdem ob das Fahrzeug auf dem Prüfstand steht oder auf der Straße fährt. Beide Abgasreinigungssysteme laufen also als Systeme auf dem Prüfstand und auf der Straße gleich. Aber dass die Abgase auf dem Prüfstand gereinigt werden wie auf der Straße, lässt sich wohl von keinem der beiden Systeme behaupten.

<sup>77</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 36–37, m. w. N. auf die BGH-Rechtsprechung.

<sup>78</sup> BGH, Urt. v. 16.09.2021 – VII ZR 190/20, Juris, Rn. 29–32.

<sup>79</sup> Vgl. Inhaltsbericht in OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 43–45.

<sup>80</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 63; anders aber of-

Die Rückrufbescheide werden von den Herstellern aber offenbar freiwillig nicht vollständig vorgelegt.<sup>81</sup> Das bringt den Kläger in Beweisnot. Er kann zwar allgemein die von ihm vermuteten Abschaltvorrichtungen vortragen und genügt damit den Substantiierungsanforderungen.<sup>82</sup> Aber in einem Fall vor dem OLG Köln bestritt die Beklagte sodann den Vortrag soweit sie konnte.<sup>83</sup> Beweisen kann der Kläger die Abschalteinrichtung gegebenenfalls noch durch Sachverständigenbeweis. Allerdings ist dieser Beweis in der Regel prohibitiv teuer, weil seine Erhebung zwischen 30.000 und 40.000 Euro kostet<sup>84</sup> und leicht zwischen zwei und drei Jahren dauern dürfte. Zum Beweis des Verschweigens der Abschaltvorrichtung gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt werden dem Kläger keine Beweismittel zur Verfügung stehen. Ein einfacher Beweis sowohl der Abschaltvorrichtung als auch des Verschweigens wäre möglich, wenn die Beklagten die einschlägigen Rückrufbescheide vorlegen würde, denn sie würden die Abschalteinrichtung detailliert beschreiben und aus dem Umstand des Rückrufs trotz früherer Genehmigung würde sich ergeben, dass das Kraftfahrtbundesamt erst nachträglich von der Abschalteinrichtung erfahren hat. Zu einer Vorlage der einschlägigen Rückrufbescheide war jedoch zumindest Mercedes vor dem OLG Köln nicht bereit.<sup>85</sup>

Das OLG Köln hat hier versucht, mit einer sekundären Darlegungslast zu helfen.<sup>86</sup> Es hat zur Substantiierung gar die Vorlage des ungeschwärzten Rückrufbescheids verlangt.<sup>87</sup> Weil die sekundäre Darlegungslast aber ein Instrument der Darlegungsebene ist, und ihre Erfüllung die Vorlage von Beweismitteln nicht verlangt,<sup>88</sup> dürfte das OLG mit dem Verlangen der Vorlage von Urkunden zu weit gegangen sein. Es steht den Herstellern frei, in eigenen Worten zu substantiieren.<sup>89</sup>

Grossman'sches Schließen dagegen eröffnet einen geraden Weg zu den Rückrufbescheiden. Dass sie bei den Herstellern vorliegen, dürfte unstreitig und zweifelsfrei feststehen. Wenn der Richter in strategischem Skeptizismus bis zu ihrer Vorlage davon ausgeht, dass die Hersteller erstens Abgasreinigungssys-

---

fenbar BGH, Urt. v. 16.09.2021 – VII ZR 190/20, Juris, Rn. 26, der meint, das Kraftfahrtbundesamt müsse erfragen, was zur Zulässigkeitsprüfung erheblich sei; wobei unklar bleibt, wie das Amt etwas erfragen kann, von dessen Möglichkeit es nicht weiß.

<sup>81</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 43; *Heese*, NJW 2021, 887–893, 889–890.

<sup>82</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 41–46.

<sup>83</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 15.

<sup>84</sup> *Heese*, NJW 2021, 887–893, Fn. 61–67.

<sup>85</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 43: Der wichtige seinerseits bis zur Unverständlichkeit geschwätzter Bescheid sei „grob unvollständig mitgeteilt worden“, ein weiterer Bescheid enthalte „großflächige Schwärzungen“.

<sup>86</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 47.

<sup>87</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 50.

<sup>88</sup> *Zöller/Greger*, Vor § 284 ZPO Rn. 34.

<sup>89</sup> *Heese*, NJW 2021, 887–893, 890.

teme verwendeten, die verbotene Abschaltvorrichtungen darstellten und diese dem Kraftfahrtbundesamt auch nicht angezeigt hatten, setzt er den Herstellern einen Anreiz<sup>90</sup> zur Vorlage all jener Dokumentation, die seinen Skeptizismus widerlegt. Bleibt der Hersteller die Dokumentation schuldig, erstarkt der Skeptizismus in volle richterliche Überzeugung.

Ein Ansatz dieses Vorgehens ist auch beim OLG Köln zu erkennen. Es moniert insbesondere, dass Mercedes zum Erfolg des gegen den Rückruf eingeleiteten Widerspruchs schweigt und führt aus, „[o]ffenkundig hat die Beklagte zumindest nicht obsiegt; denn die Vorlage des stattgebenden Widerspruchsbescheids hätte ihre prozessuale Stellung aufgrund der daraus abzuleitenden Zulässigkeit der monierten Abschaltvorrichtung erheblich verbessert. Die Nichtvorlage des Widerspruchs liefe in diesem Fall einer sorgfältigen Prozessführung zuwider und kann nicht unterstellt werden. Vielmehr ist angesichts des Schweigens der Beklagten hinsichtlich der als notwendig angesehenen Information zum Stand des Widerspruchsverfahrens weiterhin von dem im Rückrufbescheid zugrunde gelegten status quo, nämlich einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Motor, auszugehen.“<sup>91</sup> Das ist schon sehr nah an der hier anzuwendenden Logik des Grossman'schen Schließens. Im Ergebnis ist das OLG Köln bis auf die Einordnung des Schlusses bei der sekundären Darlegungslast vorgegangen, wie hier empfohlen.

#### *ff) Der kollektive Aspekt des Grossman'schen Schließens*

Ein Problem des Grossman'schen Schließens ergibt sich dann, wenn der Richter weiß, dass die nicht beweisbelastete Partei ihr aussagekräftiges Beweismittel auch dann nicht vorlegen würde, wenn es sie im Vergleich zur skeptischen Haltung des Richters entlastete. Die nicht beweisbelastete Partei würde den Prozess also lieber zu Unrecht verlieren als das Beweismittel vorzulegen. Weil die nicht beweisbelastete Partei dann weder vorlegt, wenn die skeptische Haltung des Richters zutrifft, noch wenn die Haltung des Richters falsch ist, kann der Richter aus der Handlung der Partei keine Information mehr gewinnen.

Solche Fälle treten ein, wenn die Vorlage für die nicht beweisbelastete Partei zwar die Kosten des Prozessverlusts abwenden aber zugleich andere höhere Kosten verursachen würde. Wenn die im Beweismittel enthaltenen Geschäftsgeheimnisse zum Beispiel wertvoller sind als der Erfolg im Prozess, kann der Richter aus der Nichtvorlage nicht auf den Inhalt des Beweismittels schließen, denn die Partei würde auch dann nicht vorlegen, wenn das Beweismittel sie im Vergleich zur skeptischen Haltung des Richters entlasten würde. Das Versagen des Grossman'schen Schließens in diesen Fällen ist allerdings grundsätzlich be-

<sup>90</sup> Wenn der Rückrufbescheid, wie meist, Geschäftsgeheimnisse enthält, liegt die Sache etwas komplizierter. Dazu sogleich unter § 10 III.a)ff).

<sup>91</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.11.2020 – 7 U 35/20, BeckRS 2020, 30204, Rn. 59.

grüßenswert. Es gewährleistet einen im Schlussverfahren eingebauten Geheimnisschutz. Wenn das Geheimnis wertvoller ist, als der Prozessgegenstand, sollte man das Geheimnis schützen und den Prozess nicht von seiner Offenbarung abhängig machen (dazu ausführlich sogleich § 10 IV.).

Allerdings ist dieser Effekt nicht wünschenswert, wenn der Streitwert nur deswegen geringer ist als der Wert des Geschäftsgeheimnisses, weil der betreffende Prozess nur einen Teil des „ganzen“ Streitwerts betrifft. Wenn, wie im Dieselskandal, der Schaden in einer Vielzahl von getrennten Verfahren geltend gemacht werden muss, ist der Wert des Gesamtschadens vielleicht größer als der Wert des Geschäftsgeheimnisses, so dass eine Vorlage angezeigt wäre. Aber der Streitwert eines einzelnen Verfahrens – im zitierten Fall des OLG Köln z. B. nur etwas über 60.000 € – ist immer kleiner als der Wert des Geschäftsgeheimnisses. Wahrscheinlich wäre kein Geschäftsgeheimnis von Mercedes es je wert, offenbart zu werden, um einen einzelnen dieser Prozesse zu gewinnen. Weiß der Richter das, kann er Grossman'sches Schließen scheinbar gar nicht anwenden, weil er weiß, dass Mercedes unabhängig vom Beweismittelinhalt nicht vorlegen würde und die Vorlageentscheidung von VW daher keine Information vermittelt.

Das Bedeutet auf den ersten Blick scheinbar, dass Grossman'sches Schließen sich im Dieselskandal nie anwenden ließe. Mercedes würde ja, so schiene es, nie in einem einzelnen Verfahren einen Rückrufbescheid des Kraftfahrtbundesamts vorlegen, weil dadurch wertvolle Geschäftsgeheimnisse bekannt würden, obwohl durch die Preisgabe und Abwendung des Prozessverlusts nur ein für Mercedes lächerlicher Betrag eingespart würde. Scheinbar kann der Richter folglich entgegen der Feststellung des letzten Abschnitts nicht aus der Nichtvorlage schließen.

Die Lösung des Problems liegt in der Koordination der Gerichte. Gewänne die nicht beweisbelastete Partei durch die Vorlage des aussagekräftigen Beweismittels nicht nur ein, sondern alle Verfahren, während sie ohne Vorlage nicht nur eines, sondern alle verlöre, wäre sie schon im ersten Verfahren zur Preisgabe wertvoller Geschäftsgeheimnisse bereit. Die Richter haben hier ein Koordinationsproblem. Der strategische Skeptizismus eines Richters allein reicht nicht aus, um zur Vorlage des Beweismittels zu motivieren. Der strategische Skeptizismus des ersten Richters müsste gewährleisten, dass alle folgenden Richter ebenso entschieden wie er. Es bedarf also eines koordinierten strategischen Skeptizismus aller Richter, die Abgas-Verfahren verhandeln. Hieraus ließe sich ein weiteres<sup>92</sup> gutes Argument für die rechtspolitische Bedeutung der jüngst ermöglichten<sup>93</sup> effektiven Bündelung von Ansprüchen zur klageweisen Geltendmachung ziehen, die dieses Problem sehr einfach dadurch beseitigen würde, dass schlicht

<sup>92</sup> Morell, JZ 2019, 809–814; Morell, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2020, 328–350.

<sup>93</sup> BGH, Urt. v. 13.07.2021 – II ZR 84/20, NZG 2021, 1175–1184.

ein Richter über (möglichst) alle Verfahren entscheidet. Allerdings dürfte schon die Revisibilität von Grossman'schem Schließen für ein ausreichendes Maß Koordination sorgen. Weil in Fällen, in denen Grossman'sches Schließen angewendet werden kann, der Richter es anwenden muss, und der BGH seine Anwendung gewährleisten wird, ist tatsächlich das Schicksal aller Verfahren, welche die Vorlage desselben Beweismittels betreffen, verknüpft. Die nicht beweisbelastete Partei weiß, dass sie alle Verfahren, in denen sie vorlegen gewinnen und alle, in denen sie nicht vorlegt verlieren wird. Nehmen wir an, die Kosten, alle Verfahren zu verlieren, sind höher als die der Preisgabe des Geschäftsgeheimnisses. Dann will die beweisbelastete Partei vorlegen. Und dann wird sie am besten gleich im ersten Verfahren vorlegen, um durch die Eingehung der Kosten der Offenlegung so viele Verfahren zu gewinnen, wie möglich. Sieht der Richter diese Verknüpfung und ist er strategisch skeptisch, kann er aus der Nichtvorlage auf den nachteiligen Inhalt des Verweigerten Beweismittels schließen. Auch die „Zersplitterung“ des Schadens kann also die Effektivität des Grossman'schen Schließens nicht beeinträchtigen.

*b) Warum pretrial discovery weiter reicht als Grossman'sches Schließen*

*Discovery* trüge allerdings noch weiter. Die Kläger könnten VW dazu zwingen, nicht nur den vollständigen von Jones Day verfassten Untersuchungsbericht, sondern auch die ganze interne Vorstandskorrespondenz offenzulegen. Man könnte VW einen Fragenkatalog beantworten lassen, wer wann mit welchen Vorgängen, die die Abschalteneinrichtung betreffen, befasst war. Man könnte die in den Antworten Benannten weiter befragen. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich mit *discovery* Beweismittel erreichen ließen, die belegen, dass der Vorstand vielleicht schon früh von der Abschalteneinrichtung wusste, ist daher deutlich höher als bei der bloßen Anwendung von Grossman'schem Schließen. Vor allem vollkommen unvorhersehbare Beweismittel sind nur mit *discovery* zu erreichen. Die E-Mail, die im Grotter-Fall belegte, dass der Vorstand es auf den Konflikt mit dem Gesetz geradezu anlegte, wäre durch Grossman'sches Schließen nicht erlangt worden, weil vor der *pretrial discovery* niemand etwas von ihr ahnte. Die Lückenlosigkeit ist dabei nicht das Problem. Sie ließe sich im Zusammenhang mit Grossman'schem Schließen durch eine Bezeugung oder notfalls eine eidesstattliche Versicherung prinzipiell und zumindest für überschaubare Korrespondenzen erreichen. Die Vorlage ganzer E-Mail-Korrespondenzen wird sich aus anderem Grund meist nicht durch Grossman'sches Schließen bewirken lassen. Solche Korrespondenzen sind meist keine aussagekräftigen Beweismittel im Sinne des Grossman'schen Schließen: Findet man in der Korrespondenz keinen Hinweis auf Wissen des Vorstands über die Abschalteneinrichtung, ist das keine sichere Entlastung von VW, weil der Vorstand einfach den Rat aller Anwälte beherzigt haben kann, Dinge, die einmal eine Haftung auslösen könn-

ten, nicht per E-Mail zu verhandeln. Grossman'sches Schließen setzt voraus, dass das in den Händen der nicht beweisbelasteten Partei geglaubte Beweismittel diese vom strategischen Skeptizismus entlasten kann, wenn die Dinge liegen wie von ihr behauptet. Können Beweismittel nur belastend sein, sind sie für Grossman'sches Schließen unerreichbar.

Im Ergebnis eröffnet Grossman'sches Schließen zwar gegenüber dem heutigen status quo weitreichende Aufklärungsmöglichkeiten. Durch *discovery* lassen sich allerdings mehr Beweismittel erreichen als durch Grossman'sches Schließen. Insbesondere unerwartete Zufallsfunde wird es mit Grossman'schem Schließen nicht geben. Unterlagen, die nur geringe Aussicht auf Beweismittelfunde bieten oder nur belastende Beweismittel zu Tage fördern können, lassen sich nur mit *discovery* erreichen. In einer Rechtsordnung, die „*fishing expeditions*“ eher kritisch gegenübersteht, kann man das aber auch als Vorteil des Grossman'schen Schließens ansehen.

## 2. Die hohen Kosten der *discovery*

Die eingangs erwähnten Unterschiede zwischen Grossman'schem Schließen und *discovery* – Grossman'sches Schließen beantwortet spezifische Beweisfragen, findet nur subsidiär Anwendung und basiert nicht auf Gerichtsstrafen – schlagen sich in höheren Kosten der *discovery* nieder.

### a) Der Konkretisierungsgrad der Beweisfrage

Während zu Beginn der *pretrial discovery* der Sachverhalt noch weitgehend offen ist, so dass die Parteien noch erforschen, was sich zugetragen hat, setzt Grossman'sches Schließen eine ganz konkrete Beweisfrage voraus. Aufgrund der Nichtvorlage eines Beweismittels zu dieser Frage wird ausschließlich diese Frage beantwortet. Die Eingrenzung des Mechanismus auf eine Beweisfrage verhindert *fishing expeditions* weitgehend. Ein zielloses Suchen in alle Richtungen wird nicht ermöglicht. Dieser Umstand erschwert es den Parteien auch, sich gegenseitig mit Kosten zu überziehen. Es wird als ein Problem der *pretrial discovery* angesehen, dass die Parteien Forderungen an den Gegner stellen können, deren Erfüllung nicht sie selbst, sondern der Gegner bezahlen muss. Dieser Umstand setzt einen Anreiz, mehr zu fordern als eigentlich nützlich ist. Im Falle des Grossman'schen Schließens trägt zwar auch nicht die beweisbelastete Partei die Kosten, die der nicht beweisbelasteten dadurch entstehen, dass sie ihr Beweismittel vorlegen muss. Aber es wird sich typischerweise nur um ein oder zwei Beweismittel handeln. Und diese Beweismittel dürften typischerweise leicht aufzufinden sein. Ihr Vorhandensein ist ja sogar dem außerhalb der Organisation stehenden Kläger bekannt. Der Verzicht auf die Beschränkung auf

eine bestimmte Beweisfrage macht die *pretrial discovery* daher im Vergleich zu Grossman'schem Schließen teuer.

b) *Die Subsidiarität von Grossman'schem Schließen*

Grossman'sches Schließen verteuert Prozesse auch deshalb weniger als die *pretrial discovery*, weil es nicht jeder beweisbelasteten Partei offensteht. Hat sie selbst ein Beweismittel oder hätte sie sich eines beschaffen können, ist dem Gericht die Nutzung von Grossman'schem Schließen zu Lasten der nicht beweisbelasteten Partei verwehrt. Das beschränkt die Nutzung des Grossman'schen Schließens auf solche Fälle, in denen die Vorlage des bekanntermaßen vorhandenen Beweismittels für die beweisbelastete Partei teurer – nämlich prohibitiv teurer – ist als für die durch Grossman'sches Schließen belastete Partei. Grossman'sches Schließen verteuert daher nicht generell den Zugang zur Justiz, sondern erweitert den Zugang zur Justiz, indem es schuldlos Beweislosen eine Möglichkeit zur Rechtsverfolgung eröffnet.

Die Mittel der *pretrial discovery* müssen letztlich mit Gerichtsstrafen durchgesetzt werden. In der amerikanischen *discovery* legen Unternehmen dem Gegner wirklich ihre gesamte Korrespondenz inklusive inkriminierender E-Mails vor, die absichtliche Schädigungen beweisen, weil sie fürchten, andernfalls mit empfindlichen Strafen belangt zu werden.<sup>94</sup> Im Grossman'schen Schließen ist die maximale „Strafe“ für die Zurückhaltung eines Beweismittels der Prozessverlust. Damit ist der Schaden begrenzt, den eine Partei durch Beweisanträge beim Gegner verursachen kann. Durch die Gerichtsstrafen wird der Streitwert potenziell vergrößert. Jeder weitere Beweisantrag setzt den Gegner dem Risiko einer weiteren Gerichtstrafe aus, ohne dass sich automatisch eine Höchstgrenze ergäbe. Diese potenziell unbegrenzte Schädigungsmöglichkeit kann nur durch das Gericht reduziert werden, indem ihm die Prüfung auferlegt wird, ob ein Beweisantrag den Gegner angesichts der Aussichten auf weitere Sachverhaltsaufklärung angemessen belastet.<sup>95</sup> Das Gericht müsste diese Entscheidung allerdings auf der Grundlage unvollständiger Information treffen. Das würde bedeuten, dass die Entscheidung des Gerichts schwer vorherzusehen wäre, so dass zwar die Kosten gedämpft, die Parteien aber mit einer erheblichen Unsicherheit konfrontiert würden.

Mit Blick auf die Modellierung des Prozesses als Tullock-Contest<sup>96</sup> muss hier in Erinnerung gerufen werden, dass die Kosten des Prozesses durch zwei Parameter steigen. Die Parteien investieren in symmetrische Prozesse mehr als in asymmetrische und sie investieren in Prozesse mit hohen Streitwerten mehr als in Prozesse mit geringen Streitwerten.

<sup>94</sup> Vgl. oben Nachweise in Fn. 34.

<sup>95</sup> *Subrin*, Boston College Law Review 1998, 691–745, 744 f.

<sup>96</sup> Vgl. vorn § 6 II. 2.



*Discovery* mag den Vorteil der Partei stärken, die tatsächlich im Recht ist, weil sie es der Partei im Unrecht erschwert, den Prozess durch strategische Informationszurückhaltung zu gewinnen. Aber sie erhöht zugleich die Kosten, indem die Gerichtsstrafen, welche die Beweisanträge durchsetzbar machen, den Wert, um den gestritten wird, erhöhen. Gerichtsstrafen können prinzipiell einen Beweisaufwand erzwingen, der den Wert des eigentlichen Gegenstands, der in Streit steht, übersteigt. Die Parteien streiten dann nicht mehr bloß um den Streitwert, sondern um die Summe aus Streitwert und Beweisaufwand. Das erhöht ihre Bereitschaft, noch weiter unproduktiv in den Prozess zu investieren.

Grossman'sches Schließen erhöht nicht in gleichem Maße die Anreize der Parteien zu Investitionen in den Prozess. Wendet der Richter strategischen Skeptizismus an, ist der Prozessverlust die einzige Drohung, welche die nicht beweisbelastete Partei überzeugen soll, die für sie verfügbaren Beweismittel vorzulegen. Durch den Einsatz des Streitwerts als Vorlageanreiz steigt der Streitwert nicht und es entsteht kein zusätzlicher Anreiz für die Parteien mehr in den Prozess zu investieren.

### 3. Ergebnis

Die Kosten der *discovery* für einen im Vergleich zum Grossman'schen Schließen relativ geringen zusätzlichen Informationsgewinn einzugehen, erscheint nicht lohnend. Im Ergebnis wird daher eine *discovery* rechtspolitisch zu Recht abgelehnt, weil sie den Zugang zur Justiz letztlich verteuern würde. Grossman'sches Schließen ist keine *discovery*. Im Unterschied zur *discovery* vergünstigt es die gerichtliche Rechtsverfolgung und erleichtert den Zugang zur Justiz, ohne die schutzwürdigen Interessen etwaiger Beklagter zu verletzen.

## IV. Der Schutz von Geheimnissen

Angesichts des Potentials von Grossman'schem Schließen, Beweismittel bei der nicht beweisbelasteten Partei zu aktivieren, stellt sich die Frage, ob unter diesen Umständen ein angemessener Geheimnisschutz noch gewährleistet werden kann. *Stürner* hat Plausibilisierung des klägerischen Vorbringens zur Voraussetzung für seinen Auskunftsanspruch gemacht, um Ausforschung zu verhindern.<sup>97</sup> *Gomille* will zu demselben Zweck bestrittenes Vorbringen überhaupt nur unter Beweis stellen, soweit es schon zuvor durch „Belegtatsachen“ gestützt wurde.<sup>98</sup> Das Grossman'sche Schließen ist für einen wirksamen Geheimnis-

<sup>97</sup> Ganz deutlich *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 132–133, Details und Begründung davor.

<sup>98</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 241–242, 467–469.

schutz dagegen nicht auf Plausibilisierung angewiesen, weil seine Konstruktion selbst einen Geheimnisschutz gewährleistet.

Der Schutz der Geheimnisse der nicht beweisbelasteten Partei rückt bei Aufklärungslösungen wie der hier vorgeschlagenen unwillkürlich in den Fokus. Der Geheimnisschutz hat zwei Ausprägungen. Erstens ist im deutschen Rechtsdiskurs geradezu eine irrationale Angst vor dem Ausforschungsbeweis verbreitet. Ob und inwieweit Grossman'sches Schließen zu Ausforschung führt, kann sogleich unter § 10 IV.1. knapp beantwortet werden. Danach wird der eingebaute Geheimnisschutz beschrieben, den Grossman'sches Schließen aufweist (§ 10 IV.2.).

### 1. Der Ausforschungsbeweis

Für den Ausforschungsbeweis gibt es zwei anerkannte Definitionen. Ein ausforschender Beweisantrag soll einerseits ein Beweisantrag sein, dem die nötige Substantiierung fehlt.<sup>99</sup> In diesen Fällen mag auch der Verdacht nahe liegen, dass durch die Beweiserhebung die Information erhoben werden soll, die einen substantiierten Sachvortrag erst ermöglichen würde.<sup>100</sup> Dieser Verdacht ist aber für die Prüfung des Vorliegens eines unzulässigen und zurückzuweisenden Antrags auf Erhebung eines Ausforschungsbeweises unerheblich.<sup>101</sup> Der Beweisantrag ist unzulässig wegen der unzureichenden Substantiierung, auf der er beruht, nicht wegen einer Ermittlungsabsicht, auf die er zielen mag. Die zweite Definition des unzulässigen Ausforschungsbeweises erfasst sozusagen die offensichtliche Umgehung des zuerst definierten Ausforschungsbeweisantrags ohne substantiierten Vortrag. Denn wie könnte eine Partei, die gern zur Beweiserhebung gelangen würde, aber nicht einmal substantiiert vortragen kann, ihr Problem leichter lösen als durch freies Erfinden irgendeiner den eingeklagten Anspruch tragenden Geschichte, die dann unter Beweis zu stellen wäre? Daher soll es auch als unzulässiger Ausforschungsbeweis gelten, wenn eine Partei zur Begründung ihres Beweisantrags ganz ohne jeden Anhaltspunkt geradezu „ins Blaue hinein“ vorträgt. Auch ein Antrag auf Beweis von Vortrag ins Blaue hi-

---

<sup>99</sup> Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 247.

<sup>100</sup> BGH NJW 1984, 2888, 2889; zum Topos, dass Beweisanträge unzulässig sind, mit Hilfe derer eine Partei beweiserhebliche Tatsachen erst zu erfahren sucht, vgl. Osterloh-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 93 m. w. N.

<sup>101</sup> Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 247 stellt zu Recht fest, dass sich die Fälle des unzulässigen Beweisermittlungsantrags treffend als Beweisanträge aufgrund unsubstantiierten Sachvortrags beschreiben lassen. Auch BGH NJW 1984, 2888, 2889 begründet das Nichtvorliegen eines Ausforschungsbeweises trotz Nutzung der Formel, dass der Antragende Informationen erst zu erfahren suche, damit, dass eine weitere Substantiierung nicht erforderlich war.

nein soll daher unzulässig sein,<sup>102</sup> wenn der Vortrag offensichtlich willkürlich oder rechtsmissbräuchlich ist.<sup>103</sup>

Aber die Problematik des Ausforschungsbeweises stellt sich im Zusammenhang mit Grossman'schem Schließen gar nicht. Das Grossman'sche Schließen setzt nach allgemeinen Grundsätzen und als Bedingung für seine Funktion wie gesehen substantiierten Vortrag voraus. Obwohl also möglicherweise unter Anwendung des Grossman'schen Schließens mehr Informationen von der nicht beweisbelasteten Partei erhoben werden, wird diese doch im technischen Sinn nicht „ausgeforscht“.

## 2. Der eingebaute Schutz von Geheimnissen und vor missbräuchlichen Klagen in Grossman'schem Schließen

Der Gesetzgeber hat zuletzt in der Begründung der Änderungen von § 142 ZPO klargestellt, dass er über die Unzulässigkeit des Ausforschungsbeweises hinausgehend auch keine „Ausforschung“ schutzwürdiger Geheimbereiche durch eine – vielleicht allein – hierauf gerichtete Klageerhebung wünscht.<sup>104</sup> Weite Teile der Literatur teilen diese Sorge und diskutieren unterschiedliche Wege des Geheimnisschutzes.<sup>105</sup> An der Nutzung von Grossman'schem Schließen ist angesichts dieser gesetzgeberischen Wertung erfreulich, dass ihm ein gewisses Maß an Geheimnisschutz inhärent ist.

Die Befürchtungen von Gesetzgeber und Literatur betreffen Fälle, in denen durch den Beweis über die für das Verfahren relevante Information hinaus zusätzliche Information an den Gegner oder die Öffentlichkeit gelangt, welche die zum Beweis herangezogene Partei legitimerweise gern geheim gehalten hätte. Dieses Problem ist vor allem aus Wettbewerbsachen bekannt. Man unterstellt dem Konkurrenten irreführende Werbung und verklagt ihn, nur um einen Einblick in seine Vertriebsstechniken zu erhalten. Man unterstellt dem Wettbewerber eine Patentverletzung bei der Produktion und verklagt ihn, nur um sich im Rahmen einer gerichtlichen Beweiserhebung dessen Produktionsanlagen anzuschauen. Vielleicht behauptet jemand nur, ein Getränk werde entgegen der Werbeaussagen nicht nach einem alten

<sup>102</sup> BGH NJW 1996, 3147, 3150; BGH NJW 1988, 2100, 2101; Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 247; Stein/Jonas-ZPO/Kern, § 138 ZPO Rn. 4.

<sup>103</sup> BGH NJW 1996, 3147, 3150; BGH NJW 1988, 2100, 2101.

<sup>104</sup> Bundestag Drucksache 14/6036 vom 15.05.2001, 120f.

<sup>105</sup> Osterloh-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 35, 38f.; Zeckoll/Bolt, NJW 2002, 3129–3134, 3130f.; Musielak/Voit/Stadler, § 142 ZPO Rn. 7, 7a; Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 218f., 294ff.; Wagner, JZ 2007, 706–719, 716f.; Gomille, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 308ff.; Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 365ff.

ostpreußischen Rezept hergestellt, um das Rezept des Getränks eines Konkurrenten zu erfahren.<sup>106</sup>

Zumindest theoretisch denkbar sind aber auch ganz normale Zivilrechtsfälle, in denen die nicht beweisbelastete Partei ein legitimes Interesse an Geheimhaltung hat. In *Gottwalds* Fall des Autobahnunfalls könnte der Autofahrer, der das Bild gemacht hat, feststellen, dass auf allen Bildern auch seine Geliebte abgebildet ist, die er sowohl seiner Frau als auch seinem sehr konservativen Umfeld verheimlichen will, so dass er die Bilder geheim halten möchte. Im von *Schlosser* berichteten Fall einer auf Schadensersatz klagenden ehemaligen Studentin, welche die Offenlegung der Laborbücher durch ihre damalige Universität begehrt, um ihre Infektion bei studienbedingten Laborarbeiten zu belegen,<sup>107</sup> könnte die Universität etwa ein Interesse an der Geheimhaltung haben, weil die Laborbücher Aufzeichnungen zu geheimer militärischer Forschung enthalten. In *Stürners* Unfallzeugenfall könnte unter leichter Abwandlung das beklagte Unternehmen die Benennung der Zeugen verweigern, weil es sich um Geschäftspartner handelte, mit denen ein Geschäft geschlossen wurde, das der Konkurrenz verborgen bleiben soll. Im Ausgangspunkt erscheinen all diese Szenarien sehr unwahrscheinlich, aber im Einzelfall können sie eine erhebliche Bedeutung entfalten.

Grossman'sches Schließen bietet für all diese Fälle, in denen sich die nicht beweisbelastete Partei mit einem Beweismittel vom strategischen Skeptizismus entlasten könnte, dieses aber aus Gründen des Geheimnisschutzes nicht vorlegen will, einen Weg zur Lösung im Sinne der nicht beweisbelasteten Partei. Sie muss die Überzeugung des Richters, dass sie das Beweismittel freiwillig vorlegen würde um den Prozess zu gewinnen, so absenken, dass auch der Schluss aus ihrem Schweigen nicht mehr die volle Überzeugung des Richters von der Wahrheit der betreffenden Tatsachenbehauptung tragen kann.

Drei Eigenschaften der Konstruktion des Grossman'schen Schließens begünstigen einen angemessenen Geheimnisschutz dabei weiter: Erstens ist die für die Schwierigkeit der Vorlage subjektiv beweisbelastete Partei diejenige Partei, die allein über diese Schwierigkeiten informiert ist. Das begünstigt die Aufklärung des Einzelfalls und verhindert ein *non liquet*. Zweitens bewirkt die subjektive Beweislast des Geheimnisträgers, dass dieser sich Gedanken machen kann und muss, wie er die für den Prozess relevante Information von der geheim zu haltenden trennen kann. Nicht der Kläger beantragt die Besichtigung des Werks, sondern der Beklagte muss entscheiden, ob er sich nicht auch durch

<sup>106</sup> Angelehnt an BGH GRUR 1963, 270 „Bärenfang“. Zur Frage, ob in diesem Fall tatsächlich die Rezeptur hätte unter Beweis gestellt werden können, im Ergebnis zu Recht verneinend *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 311. Hier sei unterstellt, der Kläger kenne das Familienrezept und erhebe den Vorwurf, der Likör werde nicht nach diesem hergestellt.

<sup>107</sup> *Schlosser*, JZ 1991, 599–608, 605 berichtet diesen vom BGH 1986 entschiedenen Fall.

eine Zeugenaussage und ohne Werksbesichtigung vom strategischen Skeptizismus des Richters entlasten kann. Zugleich ist drittens und vor allem aber die Beweisforderung angemessen. Der Beweis ist ein Gegenbeweis und damit weniger anspruchsvoll als ein Hauptbeweis, der erst einmal die Überzeugung des Richters über das hohe deutsche Beweismaß heben muss. Die durch das Grossman'sche Schließen belastete Partei muss nicht zur vollen Überzeugung des Richters beweisen, dass sie ein Geheimnis hütet, das die Vorlage des Beweismittels verunmöglicht. Sie muss nur ernsthafte Zweifel des Richters begründen, dass sie das Beweismittel leicht vorlegen kann.

Nehmen wir *Schlossers* Laborfall als Beispiel. Wenn die Universität sich hohen Schadensersatzforderungen gegenüber ihren militärischen Auftraggebern ausgesetzt sähe, falls sie die Laborbücher vorlegte, oder wenn gar ihren Mitarbeitern die Vorlage bei Strafandrohung verboten ist, würde sie die Laborbücher unabhängig davon, was das für ihren Prozesserverfolg bedeuten würde, nie vorlegen. Wenn sie aber unabhängig vom Inhalt der Bücher nicht vorlegt, kann man aus ihrem Schweigen nicht auf den Inhalt der Bücher schließen. Nehmen wir an, der Richter schätzt die Anfangswahrscheinlichkeit, dass die Universitätsexperimente die Studentin infiziert haben (Verschulden und Kausalität) mit 50 % ein. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Universität die Laborbücher vorlegen kann, schätzt er aufgrund der wissenschaftlichen Dokumentationspflichten zunächst mit 98 % ein. Wenn nun nicht vorgelegt würde, schlösse der Richter, dass sich mit 98 %iger Wahrscheinlichkeit aus den Büchern ergibt, dass die Universität die Studentin infiziert hat. Nehmen wir an, das Beweismaß liege bei 84 %. Was kann die Universität tun, um ihr Geheimnis zu wahren und dennoch den Prozess zu gewinnen? Die Universität muss belegen, dass sie aufgrund ihrer Geheimnisträgerschaft unabhängig vom Inhalt der Laborbücher nicht vorlegen kann, so dass ihrer Passivität nicht informativ ist und die Anfangswahrscheinlichkeit immer noch die zutreffende Überzeugung ist. Dabei muss die Universität nicht voll beweisen, dass sie sich einer so hohen Schadensersatzforderung ausgesetzt sähe, dass sie die Laborbücher unabhängig von ihrem Inhalt nie vorlegen würde. Sie muss diesen Umstand dagegen nur so weit plausibilisieren, dass der Richter seine Überzeugung, die Universität könne ohne weiteres vorlegen, von 98 % auf 80 % absenkt. Dann würde das Beweismaß für den Beweis der Infektion schon nicht mehr erreicht.

Die größte Sorge bei diesen Geheimhaltungsfällen ist jedoch, dass die nicht beweisbelastete Partei, die zum Beweis herangezogen wird, nicht beweisen kann, dass sie ein legitimes Bedürfnis nach Geheimhaltung hat. Das könnte sich dadurch ergeben, dass sie mit dem Beweis, dass sie ein Geheimnis hat, notwendig auch den Inhalt ihres Geheimnisses enthüllen müsste.<sup>108</sup> Diese Gefahr ist bei dem Erfordernis, eine volle Überzeugung des Gerichts zu stiften, sehr real.

<sup>108</sup> *Osterlob-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, 39.

Vielleicht kann die Universität, auch ohne deren Inhalt preiszugeben, beweisen, dass sie militärische Geheimnisse hütet. Aber das Unternehmen, das auf der Unfallfahrt seine Geschäftspartner zum Flugplatz chauffierte, hat das Problem, dass es gerade die Identität der Unfallzeugen geheim halten muss, aus der zugleich der Grund für die Geheimhaltung folgt. Hier erscheint es schwierig, die Geheimnisträgerschaft unabhängig vom Inhalt des Geheimnisses zu beweisen. *De lege ferenda* könnten *In-camera*-Verfahren dieses Problem entschärfen. Aber die Überzeugung des Gerichts von der Verfügbarkeit des Beweismittels um einige Prozentpunkte abzusenken, also bloß ersthafte Zweifel des Gerichts an der Verfügbarkeit des Beweismittels zu sähen, erscheint auch schon unter geltender Rechtslage durch Vortrag und Beweis sehr allgemeiner Umstände möglich, die noch keinen Aufschluss über den Inhalt des Geheimnisses geben. Vielleicht würde es schon reichen, wenn ein Notar, bei dem das Geschäft beurkundet wurde, aussagen könnte, er schätze den Schaden für das Unternehmen bei Offenbarung der Identität der Zeugen höher ein als bei Verlust des Prozesses, und vielleicht wäre das abstrakt genug, um den Konkurrenten zu verhehlen, woher dieser Schaden rührt.

Der Geheimnisschutz des Grossman'schen Schließens kann aber noch mehr. In der Literatur zum Geheimnisschutz wird meist vorgeschlagen, rechtlich geschützte Interessen an Geheimhaltung mit dem Interesse an Aufklärung abzuwägen.<sup>109</sup> Dabei soll einerseits berücksichtigt werden, wie schwer die Preisgabe des Geheimnisses die betreffende Partei belasten würde.<sup>110</sup> Andererseits soll die nicht beweisbelastete Partei, die ein Geheimnis schützen will, umso stärker zur Aufklärung herangezogen werden, je wahrscheinlicher es ist, dass die Behauptungen ihres Gegners zutreffen.<sup>111</sup> Genau dies erreicht auch das Grossman'sche Schließen. Wenn die Anfangswahrscheinlichkeit einer Infektion der Studentin durch die Universität bei 75 % statt wie im Ausgangsfall bei 50 % liegt, genügt erst eine Absenkung der Überzeugung des Richters von der Verfügbarkeit der Laborbücher auf etwa 30 % (statt wie eben auf 80 %), damit das Beweismaß nicht mehr erreicht wird. Das kommt einem Vollbeweis schon sehr nahe. Denn das Stiften einer Überzeugung von 30 %, dass die Laborbücher vorgelegt werden können, ist äquivalent zur Überzeugung von 70 %, dass die Laborbücher nicht vorgelegt werden können.

Diese Form des Geheimnisschutzes schränkt auch das Potential erpresserischer Klagen ein. Grossman'sches Schließen erlaubt es nicht, auf Schadensersatz zu klagen und dabei sicher zu sein, dass man entweder den Schadensersatz oder die geheime Rezeptur des Konkurrenten erhält. Sobald der verklagte Konkur-

---

<sup>109</sup> Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129–3134, 3130f.; Adloff, Vorlagepflichten und Beweisverteilung im deutschen und französischen Zivilprozess, 297; Gomille, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 310f.

<sup>110</sup> Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129–3134, 3130f.

<sup>111</sup> Gomille, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 313ff. m. w. N.

rent darlegt und plausibel macht, dass die Geheimhaltung des Rezepts für ihn wertvoller ist als der Prozessgewinn, bricht das Grossman'sche Schließen zusammen. Der Kläger kann die Schädlichkeit des Getränks nicht beweisen und verliert den Prozess. Dieser Gegenbeweis ist für den Beklagten umso leichter, je geringer die Anfangswahrscheinlichkeit für das Zutreffen des klägerischen Vortrags. Vor Gericht unbelegte Forderungen zu stellen, um Information zu erhalten, erscheint also, wenn Gerichte Grossman'schen Schließen anwenden, wenig aussichtsreich.

### V. Anscheinsbeweise zur vollen Überzeugung des Gerichts mit einfachen Erfahrungssätzen

Die Nutzung von Grossman'schem Schließen hat Auswirkungen, die besonders am Anscheinsbeweis sichtbar werden: Während sich nach bisher wohl herrschender Meinung Anscheinsbeweise dadurch auszeichnen, dass ein einziger Erfahrungssatz im Fall anwendbar ist, der ohne weiteres die Überzeugung des Richters über das hohe Beweismaß hebt,<sup>112</sup> vertritt eine prominente Mindermeinung, dass der Anscheinsbeweis notwendig mit einer Beweismaßabsenkung einhergehe.<sup>113</sup> Oben wurde schon klargestellt, dass diese Ansicht dogmatisch nicht überzeugt. Vor allem die „empirische Methode“ wurde dort als Argument für die Geltung einer Beweismaßabsenkung in den Fällen des Anscheinsbeweises abgelehnt, da sie sich auf eine Auswahl an Urteilen stützt, von der nicht bekannt ist, ob sie repräsentativ ist. Außerdem lässt die Feststellung eines häufigen Auftretens einer Beweismaßabsenkung mit einem Anscheinsbeweis nicht den Schluss zu, dass der Anscheinsbeweis der Rechtsgrund der Beweismaßabsenkung ist. Schließlich beschreibt das, was Gerichte tun, nicht notwendig die richtige Rechtsanwendung.

Obwohl die Argumente für eine notwendige Beweismaßabsenkung durch den Anscheinsbeweis nicht durchgreifen, bleibt es dennoch bemerkenswert, dass – wie die Literatur, die diese „empirische Methode“ verwendet, zu Genüge belegt hat – der Anscheinsbeweis in der Tat häufig unter Verwendung von Erfahrungssätzen angewandt wird, die eine Anfangswahrscheinlichkeit, die das Beweismaß übersteigt, nicht begründen können.

Hier wird nun neben der häufig mit dem Anscheinsbeweis gemeinsam auftretenden Beweismaßabsenkung und der Absenkung des Beweismaßes durch den Anscheinsbeweis eine neue Erklärung für diese Beobachtung angeboten: Erfahrungssätze, die allein nicht stark genug sind, eine Anfangswahrscheinlichkeit oberhalb des Beweismaßes zu begründen, können im Zusammenwirken mit

<sup>112</sup> Vgl. dazu vorn § 9 III. 3. a).

<sup>113</sup> Vgl. zu dieser Ansicht vorn § 9 III. 3. a).

Grossman'schem Schließen durchaus eine Wahrscheinlichkeit begründen, die das reguläre hohe deutsche Beweismaß übersteigt. Bedingung dafür ist, dass die durch den Anscheinsbeweis belastete Partei mit einiger, wenn auch nicht hoher Wahrscheinlichkeit auf aussagekräftige Beweismittel zugreifen kann. Zur Erläuterung dieses Umstands soll im Rahmen der oben aufgeklärten (§ 9 III. 3. a)) dogmatischen Konstruktion vorgeführt werden, wie der Anscheinsbeweis mit einem „schwachen“ Erfahrungssatz ohne Beweismaßabsenkung möglich ist. Herauszufinden, ob diese Möglichkeit von Anscheinsbeweisen zur vollen Überzeugung des Gerichts mit Hilfe schwacher Erfahrungssätze tatsächlich die Verwendung schwacher Erfahrungssätze für Anscheinsbeweise rationalisieren kann, sei den Empirikern überlassen. Hier soll nur die Möglichkeit der dogmatisch stimmigen Begründung eines vollen Beweises durch die Kombination von Grossman'schem Schließen und schwachen Erfahrungssätzen dargestellt werden.

### 1. Die Konstruktion

Die bisher vorgestellte Nutzung von Grossman'schem Schließen basierte im Wesentlichen auf einer hohen Wahrscheinlichkeit, dass die nicht beweisbelastete Partei auf aussagekräftige Beweismittel zugreifen kann. Nur weil man sehr zuversichtlich war, dass die nicht beweisbelastete Partei die für sie negative Arbeitshypothese des Richters zurückweisen kann, wenn sie falsch ist, konnte man aus dem Ausbleiben dieser Zurückweisung auf die Richtigkeit der Arbeitshypothese schließen. Wenn dagegen nur wenig wahrscheinlich ist, dass die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel hat, verschwindet die Aussagekraft des Schweigens. Wer unter diesen Umständen schweigt, hat möglicherweise nur kein Beweismittel zur Verfügung.

Das Nachdenken über die Beweiswürdigung in Begriffen der Wahrscheinlichkeit macht aber eine Verbindung zwischen der Anfangswahrscheinlichkeit und dem Schluss aus dem Schweigen sichtbar, die ohne die Begriffe der Wahrscheinlichkeit vielleicht verborgen geblieben wäre. Eine erhöhte Anfangswahrscheinlichkeit kann dazu führen, dass der Schluss aus Schweigen eher das Beweismaß überwindet.

Betrachten wir ein Zahlenbeispiel:

Stellen wir uns vor, die einzige bestrittene Tatsachenbehauptung sei das anspruchsbegründende Verschulden des als Deliktsschuldner Beklagten. Wir nehmen wieder an, das Beweismaß liege bei 84 %. Es besteht ein Erfahrungssatz, der besagt, dass die Art des Geschehens in 65 % der Fälle mit einem Verschulden des Beklagten einhergeht. Der Erfahrungssatz ist also weit davon entfernt, einen Anscheinsbeweis tragen zu können, weil er die Anfangswahrscheinlichkeit nicht über das Beweismaß von 84 % hebt. Nun sei der Richter aber davon überzeugt, dass der Beklagte mit 70 % Wahrscheinlichkeit leichten Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel zur Verschuldensfrage hat. Auch diese Wahr-



scheinlichkeit des Beweismittelzugriffs reicht normalerweise nicht aus, um das Schließen aus Schweigen im Wege des Grossman'schen Schließens zu ermöglichen. Wenn der Richter nun trotz Fehlens eines starken Erfahrungssatzes und trotz Fehlens des sicheren Beweismittelzugriffs wie bei einem Anscheinsbeweis verfährt und „prima facie“ davon ausgeht, dass der Beklagte mit Verschulden gehandelt hat, so dass der Anspruch zuzusprechen sei, und der Beklagte hierauf keinen Gegenbeweis erbringt, dann weiß der Richter dank Grossman'schen Schließens tatsächlich mit gut 86%iger Wahrscheinlichkeit, dass der Beklagte mit Verschulden gehandelt hat und kann die Klage daher unter Erfüllung des vollen Beweismaßes und dennoch gestützt auf einen schwachen Erfahrungssatz zusprechen.

Die folgende Abbildung zeigt die Vorgehensweise:

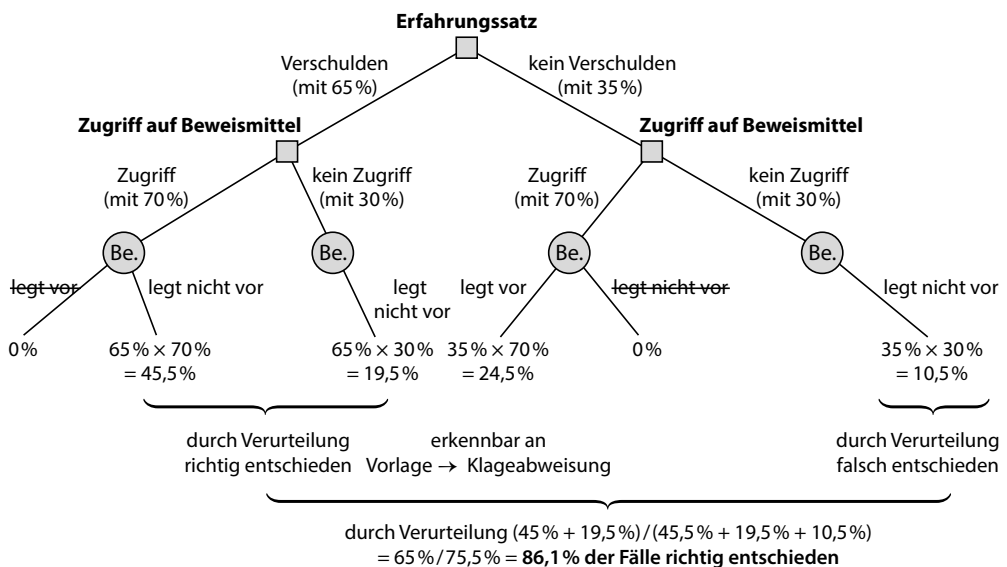


Abbildung 20: Anscheinsbeweis mit einfachen Erfahrungssätzen.

Der Richter spaltet zunächst vor seinem geistigen Auge die möglichen Geschehensabläufe auf: Wenn man die sechs Endknoten von links nach rechts nummerierte, würde er so dazu kommen, dass entweder der Beklagte mit Verschulden gehandelt hat, Zugriff auf ein Beweismittel hat und dieses vorlegt (Endknoten 1), er schuldhaft handelte, Zugriff hat, aber nicht vorlegt (Endknoten 2), er schuldhaft handelte, keinen Zugriff hat und deshalb auch nichts vorlegt (Endknoten 3), er schuldlos handelte, Zugriff hat und vorlegt (Endknoten 4) bzw. nicht vorlegt (Endknoten 5) oder dass er schuldlos handelte und nicht vorlegt, weil er keinen Zugriff hatte (Endknoten 6). Dann überlegt der Richter, welche dieser Endknoten realistisch überhaupt erreicht werden können. Dabei fällt ihm auf, dass der schuldhaft Handelnde sein Beweismittel nie vorlegt, weil es ihn selbst belasten würde. Deshalb streicht der Richter Endknoten 1. Dann

fällt ihm auf, dass der schuldlos Handelnde angesichts des „prima facie“ vom Richter unterstellten Verschuldens sein ihn entlastendes Beweismittel, soweit er hierauf Zugriff hat, immer vorlegen würde, deswegen streicht er Endknoten 5. Dann erkennt er, dass ein Teil der denkbaren Beklagten ihren Typ (ihr fehlendes Verschulden) durch Vorlage des Beweismittels offenbaren würde. Diese Gruppe müsste er für die Grundgesamtheit der Schweigenden nicht mehr berücksichtigen, denn sie legt vor. Durch bayesianisches Updating fragt er zuletzt, wie viel der Wahrscheinlichkeitsmasse schweigender Beklagter auf die Fälle entfällt, in denen Verschulden vorliegt, und stellt fest, dass dies gut 86 % sind.<sup>114</sup>

Das Vorgehen des Richters lässt sich kaum von einem ganz normalen Anscheinsbeweis unter Verwendung eines starken Erfahrungssatzes unterscheiden. Der Richter nutzt einen Erfahrungssatz und unterstellt, gestützt auf diesen, prima facie einen bestimmten Geschehensablauf. Dass er dabei auch mitbezieht, für wie wahrscheinlich er es hält, dass dem Beklagten ein Entlastungsbeweis leicht möglich ist, falls seine Prima-facie-Annahme unzutreffend ist, mag oft weniger deutlich zu Tage treten. So kann der Eindruck entstehen, der Richter wende einen Anscheinsbeweis zusammen mit einer Beweismaßabsenkung an, obwohl er sich voll überzeugen kann.

## 2. Die Bedeutung für die Dogmatik des Anscheinsbeweises

Was bedeutet die Möglichkeit, einen Anscheinsbeweis mit einfachen Erfahrungssätzen zu konstruieren, für die Dogmatik des Anscheinsbeweises?

---

<sup>114</sup> Damit der hier vorgestellte Schluss zutreffend ist, muss das Bestehen eines Erfahrungssatzes für Verschulden bei diesem Geschehensablauf von der Möglichkeit des Zugriffs auf das Beweismittel unabhängig sein. Nur wenn das der Fall ist, können die jeweiligen Wahrscheinlichkeiten einfach multipliziert werden. Man könnte meinen, die Unabhängigkeitsbedingung sei nicht erfüllt, weil es, wie oben unter § 6 III. 1. anhand des Beispiels des Zeugenbeweises als *signaling game* vorgeführt wurde, von der realen Sachlage abhängen könnte, mit wieviel Aufwand ein Beweismittel verfügbar gemacht werden kann. Nur wer sich kein Verschulden vorzuwerfen hat, wird leicht einen Zeugen finden, der das bestätigt. Aber am hier dargestellten Baumdiagramm erkennt man auch schön, dass es ausreicht, dass leichten Beweismittelzugang hat, wer sich von der prima-facie-Annahme befreien will. Die Wahrscheinlichkeiten unter Annahme des Verschuldens gehen beim bayesianischen Updating in den Zähler ganz unabhängig davon ein, ob wegen fehlenden Beweismittelzugangs nicht vorgelegt wurde oder weil der Beklagte nicht vorlegen wollte. Entscheidend ist dagegen, dass sich viele der denkbaren Beklagten, die ohne Verschulden gehandelt haben, von der prima-facie-Annahme des Richters ohne weiteres entlasten können. Das führt zur Wahrscheinlichkeitserhöhung, weil sich all die vorlegenden Beklagten aus der Referenzklasse schweigender Beklagter herausziehen und so die Häufigkeit von schuldhaft handelnden Beklagten in der Referenzklasse erhöhen. Es reicht also aus, dass die bedingte Wahrscheinlichkeit des leichten Beweismittelzugangs gegeben fehlendes Verschulden unabhängig vom Verschulden ist. Das dürfte praktisch immer der Fall sein, weil für alle diese Fälle die Bedingung des fehlenden Verschuldens gleich ist und die bedingte Wahrscheinlichkeit nur abbildet, wie sie sich darüber hinaus unterscheiden.

a) *Die doppelte Möglichkeit der Erschütterung*

Zunächst unterscheidet sich die hier vorgestellte Konstruktion vom herkömmlichen Anscheinsbeweis in den Möglichkeiten der Erschütterung. Der herkömmliche Anscheinsbeweis wird in der Regel dadurch erschüttert, dass der durch ihn Belastete zeigt, dass der Erfahrungssatz auf ihn nicht zutrifft. Dies gelingt, indem er zeigt, dass er sich von den Mitgliedern der Referenzklasse, aus welcher der Erfahrungssatz gebildet wurde, durch ein Merkmal unterscheidet, das für den Schluss auf das Tatbestandsmerkmal relevant ist. Dann trifft die über dem Beweismaß liegende Anfangswahrscheinlichkeit auf den verhandelten Fall nicht zu und es muss doch im Einzelnen Beweis erhoben werden. Auf diese Weise lässt sich natürlich auch der Anscheinsbeweis mit einfachem Erfahrungssatz erschüttern. Liegt im Beispiel die Anfangswahrscheinlichkeit für Verschulden nicht bei 65 %, sondern etwa nur bei 60 %, so erreicht der Schluss aus dem Schweigen des Beklagten nicht mehr das hier unterstellte Beweismaß von 84 %.

Der Anscheinsbeweis mit einfachem Erfahrungssatz lässt sich aber zusätzlich auf eine zweite Weise erschüttern. Wie beim Grossman'schen Schließen typisch, kann der Beklagte die Wahrscheinlichkeit, dass er einfachen Zugang zu aussagekräftigen Beweismitteln hat, absenken. Sinkt die Wahrscheinlichkeit des einfachen Zugriffs im Beispiel von 70 % auf 66 %, wird das unterstellte Beweismaß von 84 % schon knapp verfehlt.

Beide Beweise sind Gegenbeweise und keine Beweise des Gegenteils. Beide müssen die Überzeugung des Richters nur soweit ändern, dass des Richters subjektive Wahrscheinlichkeit des Vorliegens des Tatbestandsmerkmals unter die Schwelle des Beweismaßes sinkt.

b) *Scheinbar weitere Revisibilität durch Grossman'sches Schließen*

Interessant und fraglich ist, ob der hier aufgefundene Anscheinsbeweis mit einfachen Erfahrungssätzen eine Ausweitung der Revisibilität von Erfahrungssätzen nach sich zieht. Grundsätzlich, so hatten wir festgestellt, zeichnet den Anscheinsbeweis aus, dass er die Klasse der revisiblen Erfahrungssätze bezeichnet. Die starken Erfahrungssätze, die allein schon die Anfangswahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals über das Beweismaß heben und so noch vor jeder Beweiserhebung zu diesem Tatbestandsmerkmal die subjektive Beweislast umkehren, haben eine so einschneidende Wirkung und sind – gerade, wenn sie aus Alltagswissen gewonnen werden – zugleich so missbrauchs- und fehleranfällig, dass die freie Beweiswürdigung, die auf die Gewinnung einer *conviction raisonnée* gerichtet ist, eingeschränkt werden muss. So können die betreffenden Erfahrungssätze vom Revisionsgericht auf Bestand, Stärke und Einschlägigkeit geprüft werden. Andererseits hatten wir festgestellt, dass eine Prüfung aller Erfahrungssätze letztlich von der Freiheit der Beweiswürdigung nichts übriglassen würde, so dass die Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts

im Sinne einer praktischen Konkordanz zwischen Begründungserfordernis und Würdigungsfreiheit auch nicht über die Klasse der anscheinsbeweistauglichen starken Erfahrungssätze hinausreichen darf. Akzeptierte man, dass der „Anscheinsbeweis“ mit schwachen Erfahrungssätzen ein Anscheinsbeweis ist, dann würde man die Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts für diese Fälle auf einfache Erfahrungssätze ausweiten und damit weiter in die Beweiswürdigungsfreiheit der Tatgerichte eingreifen, als das nach der aufgefundenen Grundregel für zulässig befunden worden war.

Der Begriff des Anscheinsbeweises, so wurde oben herausgearbeitet, beschreibt letztlich kein Rechtsinstitut, sondern eine bloße Form des Beweises. Die Revisibilität der Erfahrungssätze im Anscheinsbeweis rechtfertigte sich aber gerade durch die Effektivität der Form und die Unsicherheit der Begründungsquellen. Per Anscheinsbeweis lassen sich ganze Fälle mit einem Erfahrungssatz entscheiden, während sich Erfahrungssätze sogar aus der Summe privater – möglicherweise ganz verzerrter – Erfahrungen rechtfertigen lassen. Dieses unsichere Fundament des Wirkungsvollen verstärkt das Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung, das am Ende nur das Revisionsgericht erfüllen kann. Es erhöht in der Abwägung von Begründungserfordernis und Würdigungsfreiheit das Gewicht des Begründungserfordernisses. Genau diese Argumentation passt aber auch auf den Anscheinsbeweis mit einfachem Erfahrungssatz. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein Erfahrungssatz allein oder zwei bzw. drei gemeinsam die subjektive Beweislast bereits vor der Beweisaufnahme für eine große Menge von Fällen drehen. Beim herkömmlichen Anscheinsbeweis genügt hierfür ein starker Erfahrungssatz. Der Anscheinsbeweis mit einfachem Erfahrungssatz vereinigt einen einfachen Erfahrungssatz über das Tatbestandsmerkmal mit dem Erfahrungssatz, dass eine Partei mit einfachem Zugriff auf ein entlastendes Beweismittel dieses angesichts einer Umkehr der subjektiven Beweislast vorlegen würde. Gegebenenfalls kommt noch ein dritter Erfahrungssatz hinzu, der den „typischerweise“ einfachen Zugang der belasteten Partei zu entlastenden Beweismitteln betrifft. Entscheidend ist, dass die subjektive Beweislast generalisierend und vor der Beweisaufnahme zum Einzelfall auf unsicherer Grundlage umgekehrt wird. Dieses Zusammenkommen von starker Wirksamkeit und unsicherer Grundlage stärkt das Bedürfnis nach einheitlicher Behandlung und erhöht damit das Gewicht des Begründungserfordernisses im Vergleich zur Freiheit der Beweiswürdigung. Auch die im Rahmen des Anscheinsbeweises mit einfachen Erfahrungssätzen genutzten Erfahrungssätze kann das Revisionsgericht daher auf Bestehen, Stärke und Einschlägigkeit prüfen. Auch das Grossman'sche Schließen ist im oben beschriebenen Umfang Gegenstand der revisionsgerichtlichen Prüfung.

## VI. Die Reduktion der Beweisaufnahmen

Ein letztes Detail der Wirkung Grossman'schen Schließens soll hier noch kurz hervorgehoben werden. In Verfahren, die viele Klagen bündeln, kann Grossman'sches Schließen den Beweis erheblich vereinfachen. Allerdings ist fraglich, ob seine Anwendung in diesen Fällen angesichts seiner Subsidiarität zulässig ist.

Jüngst probiert der Anwaltsmarkt eine Klagebündelung durch die Kombination von Abtretung und Prozessfinanzierung aus,<sup>115</sup> die der Bundesgerichtshof mittlerweile im Grundsatz gebilligt hat.<sup>116</sup> In diesen Verfahren ist eine beweisrechtliche Komplikation möglich: Wenn ein Anwalt etwa gleichartige Ansprüche auf Rückerstattung der Steuern und Gebühren von 500 Passagieren, die Flüge nicht angetreten haben, in einem Verfahren geltend macht und die Fluggesellschaft alle Nichtantritte bestreitet, dann müssten prinzipiell 500 Zeugen über den Nichtantritt von Flugreisen gehört werden. Gegenüber der Einzelklage wäre das vielleicht keine Verschlechterung, aber dieser Verfahrensaufwand würde doch die Wahrscheinlichkeit stark erhöhen, dass solche Klagen gar nicht erhoben würden.

Grossman'sches Schließen böte ein dramatisches Vereinfachungspotential: Die Fluggesellschaft hat mit hoher Wahrscheinlichkeit Aufzeichnungen über die Flugantritte der auf ihre Flüge gebuchten Passagiere. Wenn der Richter also strategisch skeptisch gegenüber dem Vorbringen der Fluggesellschaft wäre, hätte die Fluggesellschaft einen Anreiz, ihre Aufzeichnungen gegebenenfalls zusammen mit einem Zeugen bereitzustellen, der deren Authentizität belegte, und so ihr Bestreiten unter Beweis zu stellen. So ließe sich mit einem Beweis klären, ob die 500 Passagiere ihre Flüge angetreten haben.

Ob ein solches Vorgehen angesichts der Subsidiarität des Grossman'schen Schließens zulässig ist, erscheint fraglich. Schließlich ist der Kläger, der etwa die ihm abgetretenen Ansprüche der Passagiere geltend macht, nicht beweislos. Er könnte ja all diese Passagiere als Zeugen benennen.

Die Frage der Beweismöglichkeit ist in den allermeisten Fällen eine der Wirtschaftlichkeit von Beweismittelsuche und -erhaltung. Bei der Frage, welche Vorkehrungen die beweisbelastete Partei hätte treffen müssen, um sich in eine beweisgünstige Lage zu versetzen, ist zentral, wie aufwendig diese Vorkehrungen gewesen wären. In den Fällen aufwendiger Beweiserhebungen bei Klagebündelungen ist die Frage ganz ähnlich: Man würde auch berechtigte Klagen nicht anstrengen, wenn der Kläger den Beweis selbst erbringen müsste, obwohl der Beklagte den Beweis praktisch kostenfrei erbringen könnte. In diesen Extremfällen ist der Beweis sozusagen wirtschaftlich unmöglich. Die beweisbelastete Partei ist wirtschaftlich beweislos. Diese Fälle sind denen der tatsächlichen Beweislosigkeit gleichzustellen.

<sup>115</sup> Stadler, WuW 2018, 189–194.

<sup>116</sup> BGH, Urt. v. 13.07.2021 – II ZR 84/20, NZG 2021, 1175–1184.

Führt das zu einer Ausuferung Grossman'schen Schließens? Darf jetzt jeder Beklagte, der von einem Kläger verklagt wird, dessen Beweis aufwendig ist, per strategischem Skeptizismus dazu genötigt werden, die Beweiskosten zu übernehmen? Sicher nicht. Es muss darauf ankommen, dass gerade die Beweiskosten die Anspruchsverfolgung praktisch unmöglich machen. Nur in diesen Extremfällen ist der Kläger wirtschaftlich beweislos.

## VII. Ergebnis

Das wichtigste Ergebnis dieses Kapitels war die Feststellung, dass es im deutschen Zivilprozess kein Beweisproblem gibt. Die typischen in der Literatur als Beleg für den Bedarf nach Aufklärungsansprüchen vorgetragene Probleme können ohne Schwierigkeiten durch Grossman'sches Schließen im Sinne der Autoren gelöst werden. Dieses Ergebnis beantwortet die in dieser Arbeit behandelte Frage.

Das hier vorgeschlagene Grossman'sche Schließen ähnelt *Stürners* Vorschlag eines Aufklärungsanspruchs. Allerdings bestehen erhebliche Unterschiede. Praktisch dürfte am relevantesten sein, dass Grossman'sches Schließen nur zu einer Umkehr der subjektiven Beweislast führt und die nicht beweisbelastete Partei zur Erschütterung nur den einfachen Gegenbeweis führen muss, während *Stürner* die objektive Beweislast umkehren will, so dass ein voller Beweis des Gegenteils erforderlich wird. In dogmatischer Hinsicht ist der erforderliche Aufwand zur Begründung des Grossman'schen Schließens viel geringer und daher die Begründung möglicherweise robuster als in *Stürners* Vorschlag.

Im Übrigen hat dieses Kapitel untersucht, wie Grossman'sches Schließen mit anderen Rechtsinstituten interagiert. Durch die Anwendung von Grossman'schem Schließen sprechen Beweise über die Verteilung von Beweismitteln unter den Parteien unmittelbar zum Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung. Das macht Beweisanträge über die Verteilung von Beweismitteln zulässig. Grossman'sches Schließen verleiht Dokumentationspflichten eine hohe prozessuale Relevanz, weil diese Pflichten in der Regel die hohe Wahrscheinlichkeit der Beweisfähigkeit der verpflichteten Partei begründen. Das Zusammenwirken von Grossman'schem Schließen und Dokumentationspflichten kann prozessuale und materiell-rechtliche Sonderwege einzelner Rechtsgebiete wie des Arzthaftungsrechts wieder auf allgemeingültige Grundsätze zurückführen. Diese Wechselwirkungen machen Grossman'sches Schließen zu einem Instrument, das in den Schadensersatzverfahren von Autokäufern gegen VW aufklären könnte, ob ein Repräsentant der Gesellschaft von der Abschalteneinrichtung wusste. Aber die Wirksamkeit des Grossman'schen Schließens mag auch Befürchtungen befeuern, dass es „unzulässige Ausforschung“ bewirke. Diese Bedenken sind unbegründet. Grossman'sches Schließen setzt substantiierten

Parteivortrag voraus und ist daher kein Ausforschungsbeweis. Zudem ist ihm aufgrund seiner Konstruktion ein wirksamer Geheimnisschutz inhärent, welcher der nicht beweisbelasteten Partei einen Aufklärungsbeitrag umso eher abnötigt, je wahrscheinlicher die Behauptungen sind, die sie belasten. Wahrscheinlich unbescholtene Parteien müssen sich daher an der Aufklärung in der Regel nur dann beteiligen, wenn praktisch Gewissheit besteht, dass sie ein aussagekräftiges Beweismittel zu geringen Kosten vorlegen können.

Besonders interessant ist die Wirkung Grossman'schen Schließens auf den Anscheinsbeweis. Sie ermöglicht Anscheinsbeweise zur vollen Überzeugung des Gerichts bei Verwendung von Erfahrungssätzen, die allein nicht geeignet wären, das Beweismaß zu überwinden. So kann Grossman'sches Schließen möglicherweise den Eindruck erklären, dass Gerichte mitunter beim Anscheinsbeweis das Beweismaß absenken, und klarstellen, dass die Gerichte in diesen Fällen tatsächlich zu ihrer vollen Überzeugung aus dem Schweigen der nicht beweisbelasteten Partei schließen.

Schließlich erlaubt die Anwendung von Grossman'schem Schließen bei Anerkennung einer wirtschaftlichen Beweislosigkeit die drastische Vereinfachung von Beweisen in Verfahren der Klagebündelung.

## § 11 Ergebnis: Das „Informationsproblem“ wird überschätzt und der Beibringungsgrundsatz funktioniert

Dass der deutsche Zivilprozess keine ausreichende Aufklärung gewährleiste, ist immer wieder kritisiert worden.<sup>1</sup> In der Darlegungsdimension dürfte dieses „Informationsproblem“ durch die sekundäre Darlegungslast weitgehend gelöst sein. Entsprechend wurde das sogenannte Informationsproblem<sup>2</sup> meist in den Fällen gesehen, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei Beweismittel hat, die beweisbelastete aber nicht.<sup>3</sup> Scheinbar verhindert hier der Beibringungsgrundsatz, der die Sachverhaltsaufklärung in die Hände der Parteien legt, die Sachverhaltsaufklärung, weil die eine Partei nicht aufklären kann und die andere scheinbar nicht aufklären will, weil eine Beweislastentscheidung zu ihren Gunsten ginge. Dieser Umstand weckte die Sorge, dass die Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes ganz grundsätzlich in Frage stehe, weil der Beibringungsgrundsatz sowohl im Hinblick auf seine Aufklärungsfunktion als auch als „Fortwirkung“ der Privatautonomie im Zivilprozess nur dann gerechtfertigt sei, wenn er sich tatsächlich als Mittel wirksamer Sachverhaltsaufklärung erweist.

Nach der hier vorgenommenen Untersuchung ist aber erkennbar, dass das Informationsproblem im deutschen zivilprozessualen Diskurs praktisch flächendeckend überschätzt wurde. Der Beibringungsgrundsatz selbst hält mit dem Grossman'schen Schließen einen auf dem Interessengegensatz der Parteien und der freiwilligen Beweismittelvorlage beruhenden Mechanismus bereit, der auch Fälle aufklärt, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel hat: Geht der Richter von einer hohen Wahrscheinlichkeit aus, dass die nicht beweisbelastete Partei leichten Zugang

---

<sup>1</sup> Zuletzt etwa *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 5.

<sup>2</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 17 definiert den Begriff wie folgt: „Ein Informationsproblem im Sinne dieser Arbeit liegt nach alledem vor, wenn die risikobelastete Partei durch rechtskräftiges Sachurteil deshalb einen endgültigen Rechts- oder Einwendungsverlust erleidet, weil sie eine Information – sei es in Form einer hinreichend substantiierten Tatsachenbehauptung, sei es in Form eines Beweismittels –, die sie für eine ihr günstige Tatsachenfeststellung benötigte, mangels Kenntnis oder Zugriff nicht in den Prozess einführen konnte.“

<sup>3</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 5 ff., 17; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1–3; *Gottwald*, in: Bruns/Kern/Münch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 301–313, 302 f.



zu aussagekräftigen Beweismitteln hat, kann er in Einnahme eines erkennbaren strategischen Skeptizismus die Nichtvorlage von Beweismitteln durch die nicht beweisbelastete Partei zu deren Lasten würdigen. Das setzt einen wirksamen Vorlageanreiz und rechtfertigt den Skeptizismus im Falle der endgültigen Nichtvorlage als eine das Beweismaß überschreitende Überzeugung. Dieses Vorgehen hat sich als regelmäßige Ausübung von Beweiswürdigung durch den Richter erwiesen. Insbesondere bedeutet die Wahl einer strategisch skeptischen Haltung zu Aufklärungspflichten nicht die Ausübung unzulässiger Amtsermittlung durch den Richter, denn der Richter muss notwendig irgendeine Haltung wählen – die skeptische oder die gutgläubige. Die grundrechtlichen und prozessrechtlichen Wertungen schreiben ihm vor, dass von den beiden möglichen Haltungen nur die Wahl derjenigen zulässig ist, die aufklären kann. Das ist die skeptische.

Grossman'sches Schließen ist allerdings regelgeleitet anzuwenden – vor allem um seine Subsidiarität zu gewährleisten. Diese ist erforderlich, um die Beweis-erhaltungs- und Vorlageanreize der Parteien so aufeinander abzustimmen, dass im Falle des Prozesses Beweismittel zur Verfügung stehen, und damit der Richter bei der Würdigung stets den Mechanismus anwenden kann, der am wenigsten fehlergeneigt ist. Ob die Voraussetzungen des Grossman'schen Schließens richtig angewendet wurden, kann durch das Revisionsgericht überprüft werden, obwohl das Grossman'sche Schließen zur freien Beweiswürdigung gehört. Grossman'sches Schließen basiert auf grundgesetzlichen Wertungen und der Anwendung des starken Erfahrungssatzes, dass die Parteien auf den strategischen Skeptizismus des Richters rational reagieren. Die Revisibilität ergibt sich daher aus der Kompetenz des Revisionsgerichts, Rechtsverstöße festzustellen und die Beweiswürdigung auf ihre Vereinbarkeit mit starken Erfahrungssätzen zu überprüfen.

In den praktischen und dogmatischen Auswirkungen der Anwendung des Grossman'schen Schließens konnte festgestellt werden, dass es Fälle ohne Schwierigkeiten aufklären kann, die das behauptete Informationsproblem des deutschen Zivilprozesses dokumentieren sollen. Dabei kommt Grossman'sches Schließen ohne die Einführung eines Aufklärungsanspruchs durch die Hintertür aus und gewährleistet einen angemessenen Geheimnisschutz. Der deutsche Zivilprozess kann unter Geltung des Beibringungsgrundsatzes daher Fälle auch dann aufklären, wenn nur die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel hat. Die Rechtfertigung des Beibringungsgrundsatzes erscheint damit nicht dadurch gefährdet, dass er die Aufklärung, auf der seine Rechtfertigung beruht, nicht leisten könnte.

Es bleibt zu hoffen, dass die Einsicht in die Zuverlässigkeit des recht verstandenen Beibringungsgrundsatzes nach mindestens 70 Jahren, in denen der Beibringungsgrundsatz immer weiter relativiert wurde, eine Phase des wachsenden Vertrauens in dieses wirksame und Freiheit verwirklichende Prinzip einläutet.

## § 12 Zusammenfassung

Im Folgenden wird das Argument der Arbeit so, wie es die Kapitel der Arbeit aufbauen, zusammenfassend nachgezeichnet. Die Überschriften enthalten die Kernthesen der jeweiligen Kapitel, der Verweis am Ende der Überschrift das Kapitel, das die These ausführlich begründet.

I. Der Beibringungsgrundsatz ist gerechtfertigt,  
soweit er wirksam aufklärt, so dass fehlende Aufklärung,  
wie sie die Literatur behauptet, ihn grundsätzlich in Frage stellt (§ 2)

Der Beibringungsgrundsatz ist die zentrale Maxime der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess. Die Parteien allein liefern den Tatsachenstoff, auf dessen Grundlage der Richter entscheidet. Der Beibringungsgrundsatz unterscheidet sich von der Dispositionsmaxime dadurch, dass er die Aufgabenverteilung bei der Stoffsammlung beschreibt und die Dispositionsmaxime die Verfügung über den Streitgegenstand betrifft. Seine Rechtsgrundlage ist unsicher, weil er keine ausdrückliche Regelung erfahren hat. Vielmehr wird er dem Gesetz indirekt, meist durch einen Umkehrschluss aus den Normen entnommen, die ausnahmsweise Amtsermittlung anordnen. Der Beibringungsgrundsatz hat vor allem auslegungsleitend Einfluss auf die Konkretisierung anderer Rechtsinstitute. So wird in § 138 III ZPO einerseits gerade eine Verankerung des Beibringungsgrundsatzes im Gesetz gesehen, weil er dem Richter verbiete zu forschen, soweit eine Partei durch fehlendes Bestreiten zugesteht. Wer Richter dagegen eher für berechtigt hält, unbestrittene, aber erkanntermaßen wahrheitswidrige Behauptungen zurückzuweisen, relativiert zur Begründung den Beibringungsgrundsatz. Ebenso in der Diskussion um § 142 ZPO wirkt der Beibringungsgrundsatz, wenn er herangezogen wird, um eine enge Auslegung der Norm zu begründen. Andere relativieren ihn, um den Richtern eine weiterreichende Anwendung von § 142 ZPO zu ermöglichen.

Sowohl die Autorität des Beibringungsgrundsatzes als auch sein Gehalt leiten sich aus seiner Rechtfertigung ab. Diese Rechtfertigung ruht nach allgemeiner Ansicht auf zwei Säulen. Die funktionale rechtfertigt den Beibringungsgrundsatz als wirksames Mittel zur zutreffenden Sachverhaltsaufklärung. Die

wertgeleitete rechtfertigt den Beibringungsgrundsatz als prozessuale Fortwirkung der materiell-rechtlichen Privatautonomie.

Tatsächlich aber fällt die wertgeleitete Rechtfertigung mit der funktionalen Rechtfertigung zusammen. Die materiell-rechtliche Privatautonomie verlangt nach einer prozessualen Infrastruktur, welche die freie Selbstbindung des Privaten wirksam ermöglicht. Diese freie Selbstbindung kann nur ein Prozess gewährleisten, der nach wahrer Sachlage bestehende Rechte durchsetzt. Daher verlangt auch die materiell-rechtliche Privatautonomie einen Zivilprozess, der wirksam aufklärt. Dieses Postulat wird durch weitere grundgesetzliche Wertungen abgestützt. Der Justizgewähranspruch verlangt die wirksame Aufklärung ebenso wie das Recht auf effektiven Rechtsschutz und der legitime Steuerungsanspruch des Gesetzgebers.

Weil der Beibringungsgrundsatz damit nur gerechtfertigt ist, soweit er wirksam aufklärt, lautet die Frage dieser Arbeit: Ist der Beibringungsgrundsatz ein wirksames Mittel zur Sachverhaltsaufklärung? Diese Frage ist vor allem deswegen relevant, weil die ganz herrschende Meinung der deutschen Literatur eine Fallgruppe erkennt, die häufig vorkommen dürfte und die der Beibringungsgrundsatz nicht aufklären könne. Es handelt sich um die Fälle, in denen allein die nicht beweisbelastete Partei Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel hat.

## II. Das Aufklärungsziel des Zivilprozesses

ist die materielle und nicht eine „prozessuale“ formelle Wahrheit (§ 3)

Aufklärungsziel des Zivilprozesses ist die materielle Wahrheit. Der Begriff der prozessualen Wahrheit ist selbstwidersprüchlich, überflüssig und schädlich. Er ist vor allem überflüssig, weil die Überzeugung, die sich der Richter nach § 286 ZPO von der Wahrheit bilden muss, jede Relativierung ermöglicht, derer es bedarf. Zusätzliche Relativierung auch des Überzeugungsgegenstands ist so nicht mehr nötig, um auf die beschränkten Erkenntnismöglichkeiten des Richters Rücksicht zu nehmen. Schädlich ist der Begriff der prozessualen Wahrheit vor allem, weil er es verunmöglicht, in Abwägungen zu berücksichtigen, wie weit die Wahrheitserkenntnis durch prozessuale Einschränkungen der Wahrheitsfindung erschwert wird – etwa bei der Bestimmung von Beweisverwertungsverboten.

## III. Zur Analyse der Wirksamkeit des Beibringungsgrundsatzes braucht es Wahrscheinlichkeits- und Spieltheorie (§ 4–§ 6)

Der ideale Weg eines rationalen Richters zur Bildung einer relativen Überzeugung von der absoluten Wahrheit wird mit Hilfe der in der Arbeit vorgestell-

ten und gegen Einwände verteidigten Theorie subjektiver Wahrscheinlichkeiten modelliert. Auf diese rationale Überzeugungsbildung durch den Richter und den im Prozess angelegten Interessengegensatz reagieren die Parteien durch strategischen Sachvortrag und Beweismittelvorgabe. Diese strategische Interaktion wird in der Arbeit mit Hilfe der nicht kooperativen Spieltheorie modelliert. Erst die Modellierung erlaubt die Prüfung, inwieweit vom Beibringungsgrundsatz ein wirksamer Aufklärungsbeitrag zu erwarten ist.

#### IV. Die zwei Mechanismen des Beibringungsgrundsatzes sind der Vereinigungsmechanismus und Grossman'sches Schließen (§ 7)

Mit Hilfe der Modellierung wird erkennbar, dass im Beibringungsgrundsatz zwei Mechanismen wirken, die jeweils auf dem diametralen Interessengegensatz beruhen, in den der Prozess die Parteien stellt. Von der juristischen Literatur weitgehend zutreffend erfasst wird der hier sogenannte Vereinigungsmechanismus. In seiner Anwendung erschließt der Richter den zutreffenden und vollständigen Sachverhalt durch Vereinigung der bewiesenen oder unstrittigen Vorträge der Parteien. Dieser Mechanismus führt zur zutreffenden Sachverhaltsermittlung, weil jede Partei einen Anreiz hat, vom Gegner eigennützig belassene Unklarheiten so weit zu ihren Gunsten zu konkretisieren, bis der wahre Sachverhalt vorliegt. Er setzt voraus, dass beide Parteien gleichermaßen und kostengünstig Zugriff auf alle relevanten Informationen und Beweismittel haben. Hat eine Partei keinen Zugriff auf Informationen, hilft die sekundäre Darlegungslast. Der Vereinigungsmechanismus versagt aber, wenn die beweisbelastete Partei keinen Zugriff auf aussagekräftige Beweismittel hat. Da die sekundäre Darlegungslast nur in der Darlegungsdimension wirkt, kann sie diesem Problem, das in der Beweisdimension liegt, nicht abhelfen.

Jedoch existiert ein zweiter, bisher weitgehend verkannter Mechanismus, der ebenfalls den Interessengegensatz zwischen den Parteien im Prozess nutzt. Auch dieser Mechanismus ist Teil des Beibringungsgrundsatzes. Der Richter kann im Rahmen der Beweiswürdigung eine strategisch skeptische Haltung gegenüber dem Vortrag einer bekanntermaßen allein beweisfähigen, aber nicht beweisbelasteten Partei einnehmen, indem er zu Lasten dieser Partei den Sachvortrag der Gegenseite unterstellt. Diese Haltung gibt der Richter erst auf, wenn die allein beweisfähige, aber nicht beweisbelastete Partei ihren Vortrag gegenbeweislich belegt hat. So erreicht der Richter die Vorlage des Beweismittels. Vor allem kann er aber bei Nichtvorlage zutreffend aus dem Schweigen der allein beweisfähigen, aber nicht beweisbelasteten Partei schließen, dass der gegnerische Vortrag tatsächlich zutrifft. Dieser Schlussvorgang, der auf *Grossman* und *Milgrom* zurückgeht, die ihn allerdings allgemeiner formulierten, wird hier Grossman'sches Schließen genannt.

### V. Grossman'sches Schließen ist dem Richter erlaubt und geboten (§ 8)

Grossman'sches Schließen ist keine Beweislastumkehr. Die Beweislast findet Anwendung, wenn der Sachverhalt nicht aufgeklärt wird. Bei Grossman'schem Schließen wird der Sachverhalt aber aufgeklärt, entweder durch die Vorlage des Beweismittels oder durch einen zutreffenden Schluss aus der Nichtvorlage durch die nicht beweisbelastete Partei. Die Einnahme einer skeptischen Haltung ist auch keine vorweggenommene Beweiswürdigung. Der Richter würdigt erst bei endgültiger Vorlage oder Nichtvorlage. Erst zu diesem Zeitpunkt bildet er die Überzeugung, auf die er sein Urteil stützt. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt er offen für jedes neue Beweismittel. Grossman'sches Schließen unterscheidet sich auch vom Rechtsinstitut der Beweisvereitelung, das die subjektive Beweislast sanktionshalber wechseln lässt und zur Rechtfertigung der Sanktion auf normative Tatbestandsmerkmale angewiesen ist. Bei Grossman'schem Schließen wechselt die subjektive Beweislast dagegen nach den allgemeinen Grundsätzen und der Mechanismus basiert auf rein epistemischen Voraussetzungen, um zutreffende Schlüsse auf den Inhalt eines nicht vorgelegten Beweismittels zu begründen. Auch die sekundäre Darlegungslast behält neben dem Grossman'schen Schließen eine Bedeutung. Sie spannt den Möglichkeitsraum auf, über den mit Hilfe des Grossman'schen Schließens und der Beweiswürdigung im Übrigen die Wahrscheinlichkeitsmasse verteilt wird. Materielle Auskunftsansprüche bleiben neben Grossman'schem Schließen vor allem zur Prozessvorbereitung relevant. Die §§ 142, 144 ZPO behalten eine Bedeutung zur Prozessvereinfachung. Ein Nemo-tenetur-Grundsatz, der einer Anwendung von Grossman'schem Schließen etwa im Strafprozess entgegenstehen würde, besteht im Zivilprozess nicht. Die Einnahme einer strategisch skeptischen Haltung stellt auch keine Amtsermittlung dar. Weil der Richter irgendeine Haltung wählen muss, um Beweise überhaupt würdigen zu können, ist diese Wahl kein überschießender richterlicher Aktionismus. Nach den prozessualen und grundgesetzlichen Wertungen ist dem Richter geboten, die aufklärende Haltung einzunehmen. Das ist die skeptische.

### VI. Der Richter hat Grossman'sches Schließen subsidiär anzuwenden, wenn substantiiert vorgetragen ist und die nichtbeweisbelastete allein beweisfähige Partei Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel hat (§ 9)

Grossman'sches Schließen ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen anzuwenden. Es ist subsidiär zum Vereinigungsmechanismus. Weil letzterer in der Anwendung so einfach und zuverlässig ist, hat er überall Vorrang, wo er zu zutreffenden Ergebnissen führt. Auch muss die beweislose, beweisbelastete

Partei ohne ihr Mitverschulden in die Beweislosigkeit geraten sein, da die Beweismittelerhaltungsanreize im Grundsatz klar und vorhersehbar verteilt werden müssen. Das wird den Anwendungsbereich des Grossman'schen Schließens praktisch auf die Fälle typischer Beweislosigkeit verengen.

Neben der Wahrung der Subsidiarität setzt die Anwendung Grossman'schen Schließens voraus, dass substantiiert vorgetragen ist und die nicht beweisbelastete allein beweisfähige Partei Zugriff auf ein aussagekräftiges Beweismittel hat. Fehlt es an diesen beiden Voraussetzungen ist der Schluss schlicht nicht informativ. Die Anwendung Grossman'schen Schließens ist revisibel, weil der Schluss aus Schweigen die Anwendung eines starken Erfahrungssatzes bedeutet, gegen den die Überzeugungsbildung gem. § 286 ZPO nicht verstoßen darf. Grossman'sches Schließen ist damit letztlich ein Anscheinsbeweis. Der Anscheinsbeweis seinerseits ist kein Rechtsinstitut, sondern beschreibt nur die Menge revisibler Erfahrungssätze.

VII. Das Grossman'sches Schließen vermeidet die Informationslücke, ermöglicht Beweise über die Verfügbarkeit von Beweismitteln, ist günstig und ermöglicht Anscheinsbeweise mit einfachen Erfahrungssätzen (§ 10)

Insgesamt ergibt sich, dass der Beibringungsgrundsatz den Sachverhalt durch seine zwei Mechanismen sehr wirksam und sehr günstig aufklärt. Insbesondere kann der Beibringungsgrundsatz auch jene Fälle aufklären, in denen nur die nicht beweisbelastete Partei über Beweismittel verfügt. Aufklärungsansprüche darüber hinaus bedarf es im deutschen Zivilprozess daher nicht.

Die Anwendung von Grossman'schem Schließen bewirkt einige Veränderungen im Vergleich zur aktuellen Praxis. Unter der Anwendung von Grossman'schem Schließen wird die Frage nach der Verfügbarkeit von Beweismitteln bei der nicht beweisbelasteten Partei unmittelbar relevant für die Beweisfrage, ob der das Tatbestandsmerkmal erfüllende Sachverhalt vorliegt oder nicht. Daher sind auch Beweisanträge über die Verfügbarkeit von Beweismitteln zulässig. Dokumentationspflichten erhalten durch Grossman'sches Schließen eine beweisrechtliche Wirksamkeit. Wer dokumentieren muss, hat in der Regel auch ein aussagekräftiges Beweismittel. Das ermöglicht grundsätzlich die Anwendung Grossman'schen Schließens zu Lasten nicht beweisbelasteter, aber zur Dokumentation verpflichteter Parteien. Diese Einsicht kann einen Teil der medizinischen Beweisregeln auf ein allgemeines beweisrechtliches Fundament stellen.

Grossman'sches Schließen ermöglicht keine breite Suche nach Beweismitteln im Sinne sogenannter *fishing expeditions*. Es ermöglicht auch nicht das Auffinden von Beweismitteln, deren Inhalt die Partei, die sie besitzt, nur belasten kann. Grossman'sches Schließen erlaubt nur den Schluss auf den Inhalt

von nicht vorgelegten Beweismitteln, die prinzipiell die besitzende Partei hätten von der skeptischen Haltung des Richters entlasten können. Die Wirkung von Grossman'schem Schließen bleibt damit hinter derjenigen der *pretrial discovery* zurück. Zugleich verteuert die Anwendung von Grossman'schem Schließen Prozesse nicht so wie die *pretrial discovery*. Anders als letztere bewirkt Grossman'sches Schließen keine faktische Erhöhung des Streitwerts und reizt die Parteien daher nicht zu höheren Investitionen in den Prozess an. Dennoch könnte Grossman'sches Schließen Fälle aufklären, in denen das Fehlen einer *pretrial discovery* in Deutschland zum Teil bedauert wurde. In den VW-Dieselfällen der ersten Welle, in denen das Wissen eines Repräsentanten um die Täuschung über die Abgaswerte Anspruchsvoraussetzung ist, hat der BGH den Tatgerichten aufgegeben, eine sekundäre Darlegungslast anzuwenden. Dem Bestreiten von VW würde wohl nur eine Wirksamkeit zugesprochen werden, wenn VW den bekanntermaßen existierenden internen Untersuchungsbericht zu seiner Entlastung vorlegen würde. Eine solche Vorlage beträfe aber schon die Beweisebene. Auch gilt eine sekundäre Last zur Darlegung negativer Tatsachen (der Vorstand wusste nicht Bescheid) allgemein als unzumutbar. Richtigerweise müssten/sollten die Gerichte Grossman'sches Schließen auf der Beweisebene anwenden und könnten sich so, wenn VW den bekanntermaßen existierenden Untersuchungsbericht nicht vorlegt, davon überzeugen, dass der Vorstand tatsächlich von der Täuschung wusste. In den Verfahren der zweiten „Diesel-Welle“ lässt sich mit Hilfe des Grossman'schen Schließens die Vorlage von Rückrufbescheiden des Kraftfahrtbundesamts und der Anmeldeunterlagen für das dieses Amt erreichen, die aufklären können, ob eine unzulässige Abschalteneinrichtung vorlag bzw. eine Abschalteneinrichtung dem Kraftfahrtbundesamt verschwiegen wurde. Bei deren Nichtvorlage kann das Gericht auf den Inhalt der Rückrufbescheide schließen.

Trotz seiner Wirksamkeit bietet Grossman'sches Schließen einen „eingebauten“ Geheimnisschutz. Ist die Vorlage des Beweismittels wegen der Offenbarung eines Geheimnisses teurer als der Prozessverlust, würde die nicht beweisbelastete Partei das Beweismittel unabhängig von seinem Inhalt nie vorlegen. Aus der Nichtvorlage kann dann nicht mehr geschlossen werden.

Auf besonders interessante Weise wirkt sich Grossman'sches Schließen auf das Verständnis des Anscheinsbeweises aus. Seit langem ist umstritten, ob der Anscheinsbeweis notwendig das Beweismaß absenkt. Diese Diskussion wird von der Beobachtung befeuert, dass die Erfahrungssätze vieler anerkannter Anscheinsbeweise das hohe deutsche Beweismaß nicht überwinden können. Gemeinsam mit Grossman'schem Schließen kann aber auch ein eher schwacher Erfahrungssatz das hohe Beweismaß überwinden. So stellen sich die Anscheinsbeweise mit angeblich abgesenktem Beweismaß möglicherweise als Beweise zur vollen Überzeugung des Gerichts dar, die auf der Würdigung der fehlenden Erschütterung beruhen.

VIII. Ergebnis: Der Beibringungsgrundsatz ist durch Grossman'sches Schließen ein sehr wirksames Aufklärungsinstrument und damit gerechtfertigt (§ 11)

Im Ergebnis klärt der Beibringungsgrundsatz daher wirksam auf, soweit man ihn durch Anwendung beider Mechanismen, auf denen er beruht, zur vollen Entfaltung bringt. Er ist damit gerechtfertigt. Das in der Vergangenheit so oft beklagte Informationsproblem des deutschen Zivilprozesses besteht dementsprechend, wenn der Richter den Beibringungsgrundsatz richtig nutzt, nicht.





## Literaturverzeichnis

- Adloff, Daniel*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, Tübingen 2007.
- Altmeyden, Holger*, „Wissen“ des rechtsfähigen Verbands nach dem Urteil „Dieselskandal“, NJW 2020, 2833–2839.
- Al-Ubaydli, Omar/List, John A.*, Field Experiments in Markets, in: Banerjee, Abhijit V./Duflo, Esther (Hrsg.), Handbook of Field Experiments, Bd. 1, 2017, 271–307.
- Alvarez, Maria*, Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri/Allen, Colin u. a. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016.
- Anzinger, Heribert M.*, Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, Baden-Baden 2006.
- Arens, Peter*, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZZP 1983, 1–24.
- Aumann, Robert J.*, Game Theory, in: Durlauf, Steven N./Blume, Lawrence E. (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics, Bd. 3, London 2008, 529–558.
- Baird, Douglas G./Gertner, Robert H./Picker, Randal C.*, Game theory and the law, 6. Aufl., Cambridge (Mass.) 2003.
- Baumgärtel, Gottfried*, Beweisrechtliche Studien, in: Hirsch, Hans Joachim (Hrsg.), Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln 1988, 165–181.
- , Beweislastpraxis im Privatrecht, Köln 1996.
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 4. Aufl., Köln 2019 (zit. Baumgärtel/Laumen/Prütting/Bearbeiter).
- Bechtold, Stefan*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, Tübingen 2010.
- Becker, Gary S.*, An Economic Analysis of Fertility, in: National Bureau for Economic Research (Hrsg.), Demographic and economic change in developed countries – A conference of the Universities-National Bureau Committee for Economic Research, New York 1960, 209–240.
- , Investment in Human Capital: A Theoretical Analysis, Journal of Political Economy 1962, 9–49.
- , A Theory of the Allocation of Time, The Economic Journal 1965, 493–517.
- , Crime and Punishment: An Economic Approach, The Journal of Political Economy 1968, 169–217.
- , A Theory of Marriage: Part 1, The Journal of Political Economy 1973, 813–846.
- Beckhaus, Gerrit M.*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, Tübingen 2010.
- Bender, Rolf*, Nochmals: Zivilprozeß und Ideologie, JZ 1982, 709–712.

- Bender, Rolf/Häcker, Robert/Schwarz, Volker*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl., München 2014.
- Birk, Hans-Jörg*, Wer führt den Zivilprozeß, NJW 1985, 1489–1597.
- Bitter, Melanie*, Spieltheorie und öffentliche Verwaltung, Baden-Baden 2005.
- Block, Michael K./Parker, Jeffrey S.*, Decision making in the absence of successful fact finding, *International Review of Law and Economics* 2004, 89–105.
- Bortz, Jürgen/Schuster, Christof*, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, 7. Aufl., Berlin u. a. 2010.
- Bradley, Darren*, *A Critical Introduction to Formal Epistemology*, London 2015.
- Bradley, Seamus*, Imprecise Probabilities, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri/Allen, Colin u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.
- Brand, Peter-Andreas*, Grenzen zivilprozessualer Wahrheit und Gerechtigkeit, NJW 2017, 3558–3563.
- Braun, Johann*, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, Tübingen 2014.
- Brier, Glenn W.*, Verification of Forecasts Expressed in Terms of Probability, *Monthly Weather Review* 1950, 1–3.
- Brinkmann, Moritz*, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Köln 2005.
- Bruns, Alexander*, Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA, JZ 2007, 385–394.
- Bruns, Rudolf*, *Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl., München 1979.
- Busche, Jan*, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen 1999.
- Cahn, Andreas*, Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht, AcP 1998, 35–71.
- Camerer, Colin*, Bounded rationality in individual decision making, *Experimental Economics* 1998, 163–183.
- Camerer, Colin F.*, *Behavioral Game Theory*, New Jersey 2003.
- , Behavioral Economics, in: Blundell, Richard/Newey, Whitney K./Persson, Torsten (Hrsg.), *Advances in Economics and Econometrics – Theory and Applications*, Ninth World Congress, Cambridge 2006, 180–219.
- Camerer, Colin F./Dreber, Anna/Forsell, Eskil* u. a., Evaluating replicability of laboratory experiments in economics, *Science* 2016, 1433–1436.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Neuner, Jörg/Grigoleit, Hans C. u. a. (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Berlin 2012, 3–656.
- Christensen, David*, Dutch-Book Arguments Depragmatized: Epistemic Consistency for Partial Believers, *The Journal of Philosophy* 1996, 450–479.
- Ciresi, Michael V./Walburn, Roberta B./Sutton, Tara D.*, Decades of Deceit: Document Discovery in the Minnesota Tobacco Litigation, *William Mitchell Law Review* 1999, 477–566.
- Cohen, Jacob*, *Statistical Power Analysis for the Behavioral Sciences*, 2. Aufl., Hoboken 1988.
- Crawford, Vincent P./Sobel, Joel*, Strategic Information Transmission, *Econometrica* 1982, 1431–1451.
- Cross, Rod*, The Duhem-Quine Thesis, in: Hands, D. Wade/Davis, John B./Mäki, Uskali (Hrsg.), *The Handbook of Economic Methodology*, Cheltenham u. a. 1998, 107–110.

- Dalitz, Margot K.*, Autochthone Malaria im mitteldeutschen Raum, Dissertation, Universität Halle 2005.
- Damaska, Mirjan*, Truth in Adjudication, *Hastings Law Journal* 1998, 289–308.
- DellaVigna, Stefano*, Psychology and Economics, *Journal of Economic Literature* 2009, 315–372.
- Diakonios, Antonios*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, Tübingen 2014.
- Diederichsen, Uwe*, Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, *VersR* 1966, 211–222.
- Diekmann, Andreas*, Empirische Sozialforschung, 11. Aufl., Reinbek bei Hamburg 2017.
- Ehrlicke, Ulrich*, Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung, *RabelsZ* 1996, 661–690.
- Engel, Christoph*, Preponderance of the evidence versus intime conviction: a behavioral perspective on a conflict between american and continental european law, *Vermont Law Review* 2009, 435–467.
- Englich, Birte/Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz*, Playing dice with criminal sentences, Personality and Social Psychology Bulletin 2006, 188–200.
- Fahrmeir, Ludwig/Heumann, Christian/Künstler, Rita* u. a., Statistik, 8. Aufl., Berlin u. a. 2016.
- Farrell, Joseph*, Voluntary disclosure: robustness of the unraveling result, and comments on its importance, Manuskript 1985.
- Ferovers, Matthias*, Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz im Spannungsverhältnis zum (europäisierten) materiellen Recht, in: Effer-Uhe, Daniel O./Hoven, Elisa/Kempny, Simon u. a. (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, Stuttgart 2016, 85–97.
- Finetti, Bruno de*, Theory of probability, Chichester, West Sussex 2017.
- Flume, Werner*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer, Ernst von (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben – Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. 1, Karlsruhe 1960, 135–238.
- , Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, *AcP* 1962, 52–76.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Berlin 1992.
- Fraassen, Bas C. van*, Calibration, in: Cohen, R. S./Laudan, L. (Hrsg.), Physics, Philosophy and Psychoanalysis – Essays in Honour of Adolf Grünbaum, Dordrecht 1983, 295–319.
- Franck, Jens-Uwe*, Marktordnung durch Haftung, Tübingen 2016.
- Friedman, Jeffrey A./Baker, Joshua D./Mellers, Barbara A.* u. a., The Value of Precision in Probability Assessment, *International Studies Quarterly* 2018, 410–422.
- Friedman, Milton*, The Methodology of Positive Economics, in: Hausman, Daniel M. (Hrsg.), The Philosophy of Economics: An Anthology, 3. Aufl., New York 2008, 145–178.
- Frigg, Roman*, Models in Science, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri/Allen, Colin u. a. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016.
- Froeb, Luke M./Kobayashi, Bruce H.*, Naive, Biased, yet Bayesian: Can Juries Interpret Selectively Produced Evidence?, *Journal of Law Economics and Organization* 1996, 257–276.
- , Adversarial versus Inquisitorial Justice, in: Sanchirico, Chris W. (Hrsg.), Procedural Law and Economics, Cheltenham u. a. 2012, 1–18.

- Galavotti, Maria C.*, Philosophical introduction to probability, Stanford 2005.
- Galle, René*, Der Anscheinsbeweis in Schadensersatzfolgeklagen – Stand und Perspektiven, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2016, 214–220.
- Gaul, Hans F.*, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, *AcP* 1968, 27–62.
- Geipel, Andreas*, Der Anscheinsbeweis unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsrechts, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2015, 1–7.
- Gerz, Yvonne*, Die Situation der Medizinischen Fakultät Marburg in der Nachkriegszeit: 1945–1950, Dissertation, Universität Marburg 2008.
- Gibbons, Robert*, *Game Theory for Applied Economists*, New Jersey 1992.
- Gillies, Donald*, *Philosophical Theories of Probability*, Hoboken 2012.
- Godfrey-Smith, Peter*, *Theory and Reality*, Chicago 2003.
- Goldman, Alvin/Beddor, Bob*, Reliabilist Epistemology, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri/Allen, Colin u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.
- Gomille, Christian*, *Informationsproblem und Wahrheitspflicht*, Tübingen 2016.
- Gottwald, Peter*, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), *Verhandlungen des Einundsechzigsten Deutschen Juristentages – Karlsruhe 1996, München 1996*, 8–109.
- , Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münc, Joachim u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, Tübingen 2013, 301–313.
- , Auf dem Weg zu einer rationalen Beweiswürdigung, in: Fankhauser, Roland/Widmer Lüchinger, Corinne/Kingler, Rafael u. a. (Hrsg.), *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm*, Zürich u. a. 2016, 125–136.
- Greger, Reinhard*, Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises, *VersR* 1980, 1091–1104.
- Grigoleit, Hans C.*, Anforderungen des Privatrechts an Rechtstheorie, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen 2008, 51–78.
- Grossman, Sanford J.*, The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality, *The Journal of Law and Economics* 1981, 461–483.
- Grundmann, Stefan*, Privatrecht und Regulierung, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans C./Hager, Johannes u. a. (Hrsg.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, Berlin 2017, 907–948.
- Grundmann, Thomas*, *Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie*, 2. Aufl., Berlin 2017.
- Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J./Wistrich, Andrew J.*, Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases, *Cornell Law Review* 2007, 1–43.
- , The „Hidden Judiciary“: An Empirical Examination of Executive Branch Justice, *Duke Law Journal* 2009, 1477–1529.
- Hacking, Ian*, *An introduction to probability and inductive logic*, Cambridge 2001.
- Hájek, Alan*, Interpretations of Probability, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri/Allen, Colin u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.
- Hausman, Daniel M.*, Economic Methodology in a Nutshell, *Journal of Economic Perspectives* 1989, 115–127.
- , Why Look Under the Hood?, in: Hausman, Daniel M. (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 3. Aufl., New York 2008, 183–187.
- Hays, William L.*, *Statistics*, 5. Aufl., Belmont 1994.

- Hedlund, Jonas*, Persuasion with communication costs, *Games and Economic Behavior* 2015, 28–40.
- Heese, Michael*, Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge, *NJW* 2019, 257.
- , Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge, *JZ* 2020, 178–189.
- , Sachaufklärung im Dieselskandal – Probleme und Abhilfen, *NJW* 2021, 887–893.
- Heinze, Meinhard*, Partei herrschaft versus Richtermacht im Zivilprozess, in: Nakamura, Hideo (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik – Zum 70. Geburtstag am 25. November 2003, Athen 2003, 515–543.
- Hellgardt, Alexander*, Regulierung und Privatrecht, Tübingen 2016.
- Hermalin, Benjamin E./Katz, Avery W./Craswell, Richard*, Contract Law, in: Shavell, Steven/Polinsky, Mitchell (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, Bd. 1, North Holland 2007, 3–138.
- Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias* u. a. (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 95. Aufl., München 2021 (zit. Dürig/Herzog/Scholz/Bearbeiter).
- Hippel, Fritz von*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, Frankfurt am Main 1939.
- Hofmann, Franz*, „Der Pferdekauf“, *Juristische Arbeitsblätter* 2013, 16–27.
- Hommerich, Christoph*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, Köln 2006.
- Huber, Michael*, Das Beweismaß im Zivilprozeß, Köln u. a. 1983.
- Ichikawa, Jonathan/Steup, Matthias*, The Analysis of Knowledge, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri/Allen, Colin u. a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.
- Isensee, Joseph/Kirchhoff, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009 (zit. Isensee/Kirchhoff/Bearbeiter).
- Jackson, Howell E./Kaplow, Louis/Shavell, Steven M.* u. a., *Analytical methods for lawyers*, 3. Aufl., New York 2017.
- Jacoby, Florian*, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München 2020.
- Jauernig, Othmar*, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967.
- Jeffrey, Richard*, *Probability and the art of judgment*, Cambridge 1992.
- , *Subjective Probability*, Cambridge 2004.
- Jovanovic, Boyan*, Truthful Disclosure of Information, *The Bell Journal of Economics* 1982, 36–44.
- Joyce, James M.*, A Nonpragmatic Vindication of Probabilism, *Philosophy of Science* 1998, 575–603.
- , Accuracy and Coherence: Prospects for an Alethic Epistemology of Partial Belief, in: Huber, Franz/Schmidt-Petri, Christoph (Hrsg.), *Degrees of Belief*, Dordrecht 2009, 263–297.
- Jungmann, Carsten*, Der „Anscheinsbeweis ohne ersten Anschein“, *ZZP* 2007, 459–473.
- Kahan, Dan M./Hoffman, David/Evans, Danieli* u. a., Ideology or Situational Sense?, *University of Pennsylvania Law Review* 2016, 349–439.
- Kahan, Dan M./Hoffman, David A./Braman, Donald* u. a., They Saw a Protest: Cognitive Illiberalism and the Speech-Conduct Distinction, *Stanford Law Review* 2012, 851–906.

- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, Prospect Theory: An Analysis of Decisions under Risk, *Econometrica* 1979, 263–292.
- Kaplow, Louis*, Burden of Proof, *The Yale Law Journal* 2012, 738–859.
- , Information and the Aim of Adjudication: Truth or Consequences?, *Stanford Law Review* 2015, 1303–1371.
- Kartik, Navin*, Strategic Communication with Lying Costs, *Review of Economic Studies* 2009, 1359–1395.
- Kartik, Navin/Ottaviani, Marco/Squintani, Francesco*, Credulity, lies, and costly talk, *Journal of Economic Theory* 2007, 93–116.
- Katzenmeier, Christian*, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, *JZ* 2002, 533–540.
- , Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, *ZZP* 2004, 187–217.
- Kegel, Gerhard*, Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Biedenkopf, Kurt H./Coing, Helmut/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Das Unternehmen in der Rechtsordnung: Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages am 12. September 1967*, Karlsruhe 1967, 321–344.
- Keynes, John M.*, *A Treatise on Probability*, Cambridge 1921.
- Klein, Richard A./Ratliff, Kate A./Vianello, Michelangelo u. a.*, Investigating Variation in Replicability, *Social Psychology* 2014, 142–152.
- Klein, Richard A./Vianello, Michelangelo/Hasselmann, Fred u. a.*, *Many Labs 2: Investigating Variation in Replicability Across Sample and Setting* 2018.
- Koch, Raphael*, *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess*, Tübingen 2013.
- Kollhosser, Helmut*, Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, *AcP* 1965, 46–83.
- Kotzen, Matthew*, Probability in Epistemology, in: Hájek, Alan/Hitchcock, Christopher (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Probability and Philosophy*, Bd. 1, Oxford 2016, 625–644.
- Koussoulis, Stelios*, Beweismaßprobleme im Zivilprozeßrecht, in: Gottwald, Peter/Prütting, Hanns (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, München 1990, 277–288.
- Kraatz, Erik*, *Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung: Zum „strafprozessualen“ Anscheinsbeweis*, Berlin 2011.
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 6. Aufl., München 2020 (zit. *MüKo-ZPO/Bearbeiter*).
- Kühne, Gunther*, Rupperecht Podszun: Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, *AcP* 2016, 810–816.
- Lafrance, Arthur B.*, Tobacco Litigation: Smoke, Mirrors and Public Policy, *American Journal for Law and Medicine* 2000, 187–203.
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker* (Hrsg.), *Arztrecht*, 8. Aufl., München 2021 (zit. *Laufs/Katzenmeier/Lipp/Bearbeiter*).
- Laumen, Hans-Willi*, Die Beweislastumkehr für die haftungsbegründende Kausalität bei groben Pflichtverletzungen, *MDR* 2017, 797–799.
- Leipold, Dieter*, Zivilprozeßrecht und Ideologie – am Beispiel der Verhandlungsmaxime, *JZ* 1982, 441–448.

- , Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess, in: Eckhardt, Diederich/Kreft, Gerhard/Schilken, Eberhard u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walter Gerhardt, Köln 2004, 563–585.
- Lempert, Richard O.*, Modeling Relevance, Michigan Law Review 1977, 1021–1057.
- Lepa, Manfred*, Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht, NZV 1992, 129–136.
- Machina, Mark J.*, Expected Utility Hypothesis, in: Durlauf, Steven N./Blume, Lawrence E. (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics, Bd. 3, London 2008, 130–138.
- Magen, Stefan*, § 4 Spieltheorie, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht – Eine Einführung für Juristen, 2. Aufl., Tübingen 2017, 87–134.
- Mayer-Maly, Theo*, Privatautonomie und Selbstverantwortung, in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Recht, Wiesbaden 1989, 268–285.
- McElreath, Richard*, Statistical Rethinking, Boca Raton u. a. 2016.
- Mellers, Barbara/Stone, Eric/Murray, Terry* u. a., Identifying and Cultivating Superforecasters as a Method of Improving Probabilistic Predictions, Perspectives on Psychological Science 2015, 267–281.
- Mellor, D. H.*, Probability: A Philosophical Introduction, London u. a. 2005.
- Methner, Olaf/Mikosch, Sabrina*, Sekundäre Beweislast im Rahmen eines § 826 BGB-Anspruchs gegen den Kfz-Hersteller VW, Fachzeitschrift Deutsches Autorecht 2019, 379–382.
- Milgrom, Paul*, Good News and Bad News: Representation Theorems and Applications, The Bell Journal of Economics 1981, 380–391.
- , What the Seller Won't Tell You: Persuasion and Disclosure in Markets, Journal of Economic Perspectives 2008, 115–131.
- Milgrom, Paul/Roberts, John*, Relying on the Information of Interested Parties, RAND Journal of Economics 1986, 18–32.
- Mill, John S.*, On the Definition and Method of Political Economy (Auszug), in: Hausman, Daniel M. (Hrsg.), The Philosophy of Economics: An Anthology, 3. Aufl., New York 2008, 41–58.
- Mitchell, Gregory*, Why Law and Economics' Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence, Georgetown Law Journal 2002, 67–167.
- , Mapping Evidence Law, Michigan State Law Review 2003, 1065–1148.
- , The Price of Abstraction, in: Teitelbaum, Joshua C./Zeiler, Kathryn (Hrsg.), Research Handbook on Behavioral Law and Economics, Cheltenham 2018, 459–475.
- Morell, Alexander*, Behavioral Antitrust and Merger Control – Comment, Journal of Institutional and Theoretical Economics 2011, 143–148.
- , Die Rolle von Tatsachen bei der Bestimmung von „Obliegenheiten“ im Sinne von § 254 BGB am Beispiel des Fahrradhelms, AcP 2014, 387–424.
- , Nachfrage, Angebot und Märkte, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht – Eine Einführung für Juristen, 2. Aufl., Tübingen 2017, 45–82.
- , Keine Kooperation ohne Konflikt, JZ 2019, 809–814.
- , „Mietright“ und die Abtretungssammelklage, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2020, 328–350.
- Möslein, Florian*, Dispositives Recht, Tübingen 2011.



- Mugdan, Benno*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Musielak, Hans-Joachim*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1975.
- , Die sog. tatsächliche Vermutung, JA 2010, 561–566.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Aufl., München 2021 (zit. Musielak/Voit/Bearbeiter).
- Nagel, Ernest*, Assumptions in Economic Theory, American Economic Review Papers and Proceedings 1963, 211–219.
- Neumann, John v./Morgenstern, Oskar*, Games and Economic Behavior, 3. Aufl., Princeton 1953.
- Oppenheimer, Daniel M./Monin, Benoit*, The retrospective gambler's fallacy: Unlikely events, constructing the past, and multiple universes, Judgement and Decision Making 2009, 326–334.
- Osterloh-Konrad, Christine*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, München 2007.
- Palandt, Otto* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 80. Aufl., München 2021 (zit. Palandt/Bearbeiter).
- Paulus, Christoph G.*, Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses, AcP 1997, 136–160.
- , Zivilprozessrecht, Berlin u. a. 2017.
- Pawlowski, Enka*, Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, Göttingen 1966.
- Peters, Egbert*, Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, Köln u. a. 1966.
- Pettigrew, Richard*, A New Epistemic Utility Argument for the Principal Principle, Episteme 2013, 19–35.
- Pfeiffer, Thomas*, Organwissen und Grenzen der sekundären Darlegungslast, ZIP 2017, 2077–2084.
- Plott, Charles R.*, Rational Choice in Experimental Markets, The Journal of Business 1986, 5301–5327.
- Podszun, Rupprecht*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, Tübingen 2014.
- Poelzig, Dörte*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, Tübingen 2012.
- , Private enforcement im deutschen und europäischen Kapitalmarktrecht, ZGR 2015, 801–848.
- Posner, Eric A.*, Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure, Yale Law Journal 2003, 829–880.
- Posner, Richard A.*, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, Stanford Law Review 1998, 1551–1575.
- , An Economic Approach to the Law of Evidence, Stanford Law Review 1999, 1477–1546.
- Prölss, Jürgen*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, Karlsruhe 1966.
- Prütting, Hanns*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983.
- , Discovery im deutschen Zivilprozess?, AnwBl 2008, 153–159.
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 12. Aufl. 2020 (zit. Prütting/Gehrlein-ZPO/Bearbeiter).
- Quine, Willard V. O.*, Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism, The Philosophical Review 1951, 20–43.

- Rabin, Matthew*, Diminishing Marginal Utility of Wealth Cannot Explain Risk Aversion, in: Kahneman, Daniel/Tversky, Amos (Hrsg.), *Choices, values, and frames*, Cambridge 2000, 202–208.
- Rabin, Robert L.*, The Tobacco Litigation: A Tentative Assessment, *DePaul Law Review* 2001, 331–357.
- Rachlinski, Jeffrey J./Wistrich, Andrew J.*, How Lawyers' Intuitions Prolong Litigation, *Southern California Law Review* 2013, 101–166.
- , Judging the Judiciary by the Numbers, *Annual Review of Law and Social Science* 2017, 203–229.
- Ramsey, Frank P.*, Truth and Probability, in: Braithwaite, R. B. (Hrsg.), *Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, London 1931, 156–198.
- Reiss, Julian*, *Philosophy of Economics*, Hoboken 2013.
- Rommé, Oliver*, *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast*, Köln 1989.
- Rosenberg, Alexander*, *Philosophy of Social Science*, 5. Aufl., New York 2015.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl H./Gottwald, Peter*, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., München 2018.
- Ross, Lee/Greene, David/House, Pamela*, The „False Consensus Effect“: An Egocentric Bias in Social Perception and Attribution Processes, *Journal of Experimental Social Psychology* 1977, 279–301.
- Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut u. a.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., München 2020 (zit. *MüKo-BGB/Bearbeiter*).
- Saenger, Ingo*, Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht, *ZZP* 2008, 139–163.
- , (Hrsg.), *Handkommentar zur Zivilprozessordnung*, 9. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. *Saenger-ZPO/Bearbeiter*).
- Sanchirico, Chris*, Evidence, Procedure, and the Upside of Cognitive Error, *Stanford Law Review* 2004, 291–365.
- Sanchirico, Chris W.*, Evidence, in: Sanchirico, Chris W. (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, Cheltenham u. a. 2012, 203–270.
- Sanchirico, Chris W.*, Law and Economics of Evidence, in: Parisi, Francesco (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Bd. 3, Oxford 2017, 171–200.
- Schack, Haimo*, *Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., München 2020.
- Schäfer, Hans-Bernd/Fuhrmann, Ben*, Zivilrechtliche und rechtsökonomische Aspekte zum Dieselskandal der Volkswagen AG, *Wirtschaftsdienst* 2018, 243–251.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl., Berlin u. a. 2020.
- Scherer, Inge*, Zweifel des Gerichts an der Wahrheit unstreitiger Tatsachenbehauptungen, *Deutsche Richterzeitung* 1996, 58–62.
- Scherpe, Julia C.*, Recht auf Beweis und Beibringungsgrundsatz im Zivilprozess, *ZZP* 2016, 153–186.
- Schlosser, Peter*, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 11.6. 1990, *JZ* 1991, 599–608.
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, *AcP* 1941, 130–197.

- Schmolke, Klaus U.*, § 5 Vertragstheorie und ökonomische Analyse des Vertragsrechts, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht – Eine Einführung für Juristen*, 2. Aufl., Tübingen 2017, 135–166.
- Schmolke, Ulrich*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht., Tübingen 2014.
- Schneider, Egon*, Beweis und Beweiswürdigung, 5. Aufl., München 1994.
- Schrödinger, Erwin*, Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik, *Naturwissenschaften* 1935, 807–812.
- Schultz, Volker*, Substanziierungsanforderungen an den Parteivortrag in der BGH-Rechtsprechung, *NJW* 2017, 16–21.
- Schwartz, Alan/Scott, Robert E.*, Contract Theory and the Limits of Contract Law, *Yale Law Journal* 2003, 541–619.
- Schweizer, Mark*, Beweiswürdigung und Beweismaß, Tübingen 2015.
- , The civil standard of proof – what is it, actually?, *The International Journal of Evidence & Proof* 2016, 217–234.
- Scott, Robert E./Triantis, George G.*, Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design, *Case Western Reserve Law Review* 2005, 187–201.
- Seewald, Kerstin*, Instrumentalisierung von Zivilprozessen, *JZ* 2017, 566–568.
- Simon, Herbert*, Testability and Approximation, in: Hausman, Daniel M. (Hrsg.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 3. Aufl., New York 2008, 179–182.
- Skyrmes, Brian*, Choice and Chance, 4. Aufl., Stamford u. a. 2000.
- Smith, Vernon L.*, Rational Choice: The Contrast between Economics and Psychology, *Journal of Political Economy* 1991, 877–897.
- Spamann, Holger/Klöhn, Lars*, Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought: Evidence from an Experiment with Real Judges, *Journal of Legal Studies* 2016, 255–280.
- Spence, Michael*, Job Market Signaling, *Quarterly Journal of Economics* 1973, 355–374.
- Spier, Kathryn E.*, Litigation, in: Shavell, Steven/Polinsky, Mitchell (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, Bd. 1, North Holland 2007, 259–342.
- Stadler, Astrid*, Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung: erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessrechtsreform, in: Nakamura, Hideo (Hrsg.), *Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik – Zum 70. Geburtstag am 25. November 2003*, Athen 2003, 1625–1647.
- , Abtretungsmodelle und gewerbliche Prozessfinanzierung bei Masseschäden, *WuW* 2018, 189–194.
- Stein, Alex*, *Foundations of Evidence Law*, Oxford 2008.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin* (Begr.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 22. Aufl., Tübingen 2005 (zit. Stein/Jonas-ZPO 2005/*Bearbeiter*).
- (Begr.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4, 22. Aufl., Tübingen 2008 (zit. Stein/Jonas-ZPO 2008/*Bearbeiter*).
- (Begr.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 23. Aufl., Tübingen 2016 (zit. Stein/Jonas-ZPO/*Bearbeiter*).
- (Begr.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4, 23. Aufl., Tübingen 2018 (zit. Stein/Jonas-ZPO/*Bearbeiter*).
- Steindl, Christina/Jonas, Eva/Sittenthaler, Sandra* u. a., Understanding Psychological Reactance, *Zeitschrift für Psychologie* 2015, 205–214.
- Straffin, Philip D.*, *Game Theory and Strategy*, 8. Aufl., Washington, D. C. 1993.
- Stück, Volker*, Der Anscheinsbeweis, *JuS* 1996, 153–158.
- Stürner, Rolf*, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen 1976.

- , Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in: Grunsky, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, 647–666.
- , Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions against Non-Compliance, *Uniform Law Review* 2001, 871–886.
- Subrin, Stephen N.*, Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules, *Boston College Law Review* 1998, 691–745.
- Talley, Eric L.*, Law, Economics, and the Burden(s) of Proof, in: Arlen, Jennifer H. (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of Torts*, Cheltenham u. a. 2013, 305–329.
- Tetlock, Philip E./Gardner, Dan*, *Superforecasting*, London 2015.
- Thole, Christoph*, Die Beweisvereitelung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, *JR* 2011, 327–334.
- Thönissen, Stefan*, Die juristische Aufarbeitung des VW-Dieselskandals in Deutschland und den USA – Gab es ein zivilprozessuales Rechtsschutzdefizit?, *ZZP* 2020, 69–102.
- Towfigh, Emanuel V.*, Das ökonomische Paradigma, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht – Eine Einführung für Juristen*, 2. Aufl., Tübingen 2017, 25–43.
- Tröger, Tobias*, *Arbeitsteilung und Vertrag*, Tübingen 2012.
- Tullock, Gordon*, On the Efficient Organization of Trials, *Kyklos* 1975, 745–762.
- , Efficient Rent Seeking, in: Lockard, Alan A./Tullock, Gordon (Hrsg.), *Efficient Rent-Seeking – Chronicle of an Intellectual Quagmire*, Boston 2001, 3–16.
- Tversky, Amos/Kahneman, Daniel*, Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty, *Journal of Risk and Uncertainty* 1992, 297–323.
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Gerichtliche Anordnung der Vorlage von Urkunden gegenüber dem Insolvenzverwalter, *NZI* 2002, 589–590.
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 42. Aufl., München 2021 (zit. BeckOK-ZPO/Bearbeiter).
- Wagner, Gerhard*, *Prozeßverträge*, Tübingen 1998.
- , Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *AcP* 2006, 352–476.
- , Urkundenedition durch Prozeßparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, *JZ* 2007, 706–719.
- , Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, *ZEuP* 2008, 6–31.
- , Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans C./Hager, Johannes u. a. (Hrsg.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, Berlin 2017, 281–318.
- Walter, Gerhard*, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen 1979.
- Wassermann, Rudolf* (Hrsg.), *Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung*, Neuwied 1987 (zit. AK-ZPO/Bearbeiter).
- Weyers, Hans-Leo*, Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozess, in: Dubischar, Roland (Hrsg.), *Dogmatik und Methode – Festschrift für Joseph Esser zum 65. Geburtstag*, Kronberg 1975, 193–224.
- Wieser, Eberhard/Rummer, Klaus-Peter*, *Grundzüge des Zivilprozessrechts*, Köln 1986.
- Winter, Stefan*, *Grundzüge der Spieltheorie*, Berlin 2015.
- Zamir, Eyal/Teichman, Doron*, Judicial Decision-Making: A Behavioral Perspective, in: Zamir, Eyal/Teichman, Doron (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, 2014, 664–702.

- , Behavioral Law and Economics, New York 2018.
- Zekoll, Joachim/Bolt, Jan*, Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess, NJW 2002, 3129–3134.
- Zink, Angela/Minden, Kirsten/List, Sabine M.*, Entzündlich-rheumatische Erkrankungen, Berlin 2010.
- Zöller, Richard* (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 34. Aufl., Köln 2022 (zit. *Zöller/Bearbeiter*).
- Zynda, Lyle*, Subjectivism, in: Hájek, Alan/Hitchcock, Christopher (Hrsg.), The Oxford Handbook of Probability and Philosophy, Oxford 2016, 360–379.

## Sachverzeichnis

- Aggregat 146–150, 195–199  
Amtsermittlung 6–12, 244–246  
Anfangswahrscheinlichkeit 103–104,  
104–111, 140–141  
Anscheinsbeweis 128–133, 262–276,  
317–320  
Aufklärungsanspruch 280–286  
Aufklärungspflicht nach Stürner 282–  
286  
Ausforschungsbeweis 309–310  
Auskunftsanspruch (vgl. auch Aufklä-  
rungsanspruch) 238–240  
Axiome der Wahrscheinlichkeit 74–81
- Baumdiagramm (Spieltheorie) 163–165  
Baumdiagramm (Wahrscheinlichkeit)  
87–91  
Bayes' Regel 85–87  
Beibringungsgrundsatz 6–13  
Beweisführungslast 187–188  
Beweislast 185–188  
– objektive 186–187  
– subjektive 187–188  
Beweislastumkehr 187–188, 224  
Beweislosigkeit 34–39  
Beweisnot 34–39  
Beweisvereitelung 226–230  
Beweiswürdigung 65–103, 224–225
- Contest 161–163
- Darlegungslast 34–39, 237–238, 300  
Darlegungslast, sekundäre 34–39, 237–  
238, 300  
Deduktion 71–72  
Discovery 289–308  
Dispositionsmxime 8–9  
Dokumentationspflichten 288–289
- Erfahrungssatz 111–112, 270–276  
– einfacher 314–320  
– starker 263–270  
Extensivform (Spieltheorie) 163–165
- Geheimnisschutz 308–314  
Gleichgewicht, perfekt bayesianisches  
171–176  
Grossman'sches Schließen 189–191, 249–  
258  
Grossman'sches Unraveling 189–191
- Indifferenzprinzip 107–110, 139–140  
Induktion 71–72  
Informationsproblem des deutschen  
Zivilprozesses 34–39, 323–325  
Interaktion, strategische 160–171  
Irgendwie-Feststellung 267–268  
Justizgewähranspruch 27–30
- Kohärenz 104–105  
Konvergenz 105–106  
Kosten  
– fixe 209  
– variable 209–211
- Logik 70–71  
Lügen 217–221
- Methode 133–139  
Modell 156–159
- Nash-Gleichgewicht 160–161  
Nemo tenetur 18–27, 242–244  
Normalform (Spieltheorie) 161–163
- Pooling 211–217  
Pretrial Discovery 289–308

- Principal Principle 114–118  
 Privatautonomie 19–27
- Rationalität 68–70, 91–99  
 – spieltheoretische 144–160  
 Realität 41–43, 104–110  
 Referenzklasse 118–133, 123–128  
 Rückwärtsinduktion 163–164, 174
- Satz von Bayes 85–86  
 Schließen aus Schweigen 189–191, 249–258  
 Signaling 172–174  
 Skeptizismus, strategischer 189–191  
 Spiel 160–161  
 Spieltheorie 160–171  
 Stärke, induktive 71, 72–73  
 Straight Rule 118–133  
 Substantiierung 256–257
- Tendenz 146–150  
 Tullock-Contest 161–163
- Überzeugung 41–62  
 – relative 48–57  
 Überzeugungsgrade 48–57
- Updating, bayesianisches 85–86, 88–91
- Verfügungsfreiheit 23–24  
 Vertragsfreiheit 24–26  
 VW-Dieselskandal 289–308
- Wahrheit  
 – absolute 40, 41–45  
 – formelle 40, 45–62  
 – materielle 40, 41–45  
 – relative 40
- Wahrscheinlichkeit  
 – bedingte 81–86  
 – logische 107–110  
 – objektive 112–118  
 – subjektive 91–99
- Wahrscheinlichkeitstheorie 65–102  
 Wetten 91–99
- Unraveling 189–191
- Realismus, erkenntnistheoretischer 41–43
- Zweck des Erkenntnisverfahrens 1–4