

Rezensionen

Mark Schweizer: *Beweiswürdigung und Beweismaß – Rationalität und Intuition*. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2015, 678 S., gebunden 124,- €.

153642

I. Kann Mathematik ein Hilfsmittel für eine rationale und kontrollierbare richterliche Tatsachefeststellung sein? Von dieser Grundannahme ist die angezeigte St. Gallener Habilitationsschrift getragen, die sowohl die schweizerische Bundes-ZPO als auch die deutsche ZPO zur Grundlage nimmt. Frühere Versuche, die richterliche Überzeugungsbildung auf diese Weise kontrollierbar zu machen, sind in der Praxis – sieht man vom Abstammungsbeweis ab – nicht aufgegriffen worden und wurden im Schrifttum überwiegend abgelehnt. Nun unternimmt S. einen neuen Anlauf, die Wahrscheinlichkeitstheorie und mit ihr die *Bayes'* Regel und die Bildung von *Bayes'* Netzen dafür heranzuziehen. Er betont aber immer wieder, dass es auf statistische Rechenwerke nicht zwingend ankomme. Die profunde Darstellung ist glänzend formuliert und fördert auch in ihren kurzen mathematischen Teilen mit vorbildlichen Hilfestellungen das Verständnis des insoweit ungeschulten Lesers. *Rüssmann* hat ihr mit seinem Beitrag in der Festschrift Gottwald bereits Reverenz erwiesen.

II. Zu den im ersten Teil abgehandelten Grundlagen der Untersuchung gehören Begriffsklärungen. S. versteht unter Beweismaß zutreffend den Grad und die Intensität der richterlichen Überzeugung, dass eine Tatsachenbehauptung wahr ist. Wahrheit als das Ermittlungsziel der Beweiswürdigung definiert S. als Übereinstimmung (Korrespondenz) mit der Wirklichkeit (S. 24). S. unterscheidet vier Grade der Überzeugung, nämlich (absolute) Gewissheit, praktische Gewissheit (Übereinstimmung mit der Anastasia-Formel des BGH), überwiegende Wahrscheinlichkeit und Glaubhaftigkeit. Die Überzeugung wird als Mittel zur Erreichung des Beweisziels verstanden, nicht als Beschreibung des Beweisziels selbst (S. 37).

Das Abstellen auf die richterliche Überzeugung darf die Parteien nicht einer unüberprüfaren richterlichen Willkür aussetzen, erfordert also Drittkontrolle (S. 38). Sie kann in unterschiedlicher Weise erfolgen. Unter dem Grundsatz freier richterlicher Würdigung bildet der Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze eine abstrakt-generelle Grenze (S. 40). Wie man diese Verstöße ermitteln kann und sollte, bestimmt den Inhalt der Teile 2 und 4 des Werkes.

Die Darlegungen zu den Grundlagen erfolgen unter Auswertung des Schrifttums – die Judikatur zur Überprüfung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung durch den Berufungsrichter hätte weiteres konkretes Anschauungsmaterial geboten. S. wendet sich gegen Theorien, die eine formelle Wahrheit als Beweisziel angeben; die Anerkennung richterlicher Irrtumsmöglichkeiten rechtfertige keine Relativierung der Wahrheitsermittlung a priori (S. 43). Dies gelte trotz verfahrensrechtlicher Beschränkungen der Sachverhaltsaufklärung im Interesse konfligierender Ziele, etwa wegen einschlägiger Beweiserhebungsverbote oder privatautonomer Unstreitigstellung von Tatsachenbehauptungen. Deren Wirkung habe zur Folge, dass das Beweisergebnis eine »prozessuale oder juristische Wahrheit« sei (S. 47).

III. 1. Im Anschluss an einen Überblick über die historische Entwicklung des Beweisrechts hin zum Grundsatz freier Beweiswürdigung in Deutschland und der Schweiz widmet S. sich im zweiten Teil der Untersuchung den Grenzen der richterlichen Freiheit, die durch die Denkgesetze gezogen werden. S. nimmt an, dass die deduktive Logik insoweit wenig anzubieten habe. Vielmehr komme es auf eine Theorie informationserweiternden induktiven Schließens an, um komplexe Sachverhalte rational-logisch zu erfassen (S. 87). Er postuliert weiter, dass richterliche Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung den Axiomen der Wahrscheinlichkeitstheorie gehorchen müsse; die Wahrscheinlichkeit sei nichts anderes als ein Überzeugungsgrad, der vom Wissen des die Überzeugung formulierenden Erkenntnissubjekts abhängt (S. 89). Damit folgt S. der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie; im Einzelfall müsse man von unvollständigem Wissen des Beobachters ausgehen.

127940

Rezensionen

Nach einer luziden Darstellung der unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsbegriffe, wie sie im philosophischen und mathematischen Schrifttum vertreten werden, mustert S. sehr kritisch durch, was bisher im juristischen Schrifttum – beginnend mit *Kegel* im Jahre 1967 – an Aussagen zur Wahrscheinlichkeit formuliert worden ist, soweit der Begriff der Wahrscheinlichkeit nicht gänzlich unreflektiert benutzt worden ist; vielen Autoren weist S. mangelnde Konsistenz der Aussage nach. S. selbst versteht richterliche Überzeugung als epistemische Wahrscheinlichkeit. Der Grad des zur Verfügung stehenden Wissens erlaube eine Abstufung des Grades der Überzeugung, dass eine Tatsachenbehauptung wahr ist (S. 125).

Unabhängig davon, welcher Grad an richterlicher Überzeugung für die Tatsachenfeststellung verlangt werde, müsse die Überzeugung den Axiomen der Wahrscheinlichkeitstheorie (z.B. Widerspruchsfreiheit, Vollständigkeit) gehorchen. Die Überprüfbarkeit des Urteils auf Inkohärenzen verlange eine Rechenschaftslegung in Form einer nachprüfbaren Begründung (S. 129). Ungeachtet seines Grundansatzes sieht S. Raum für die Überzeugungsbildung auf der Grundlage einer Suche nach objektiven Wahrscheinlichkeiten im Sinne der Häufigkeitstheorie, wenn geeignete statistische Daten zur Verfügung stehen (S. 132). Das ist etwa beim Abstammungsbeweis der Fall.

Diesen Darlegungen wird man auch dann folgen können, wenn man den nächsten Gedankenschritt zu einer numerischen Repräsentation der Überzeugungsgrade nicht mitgehen will; unter Berufung auf den schwedischen Zivilprozessrechtler *Ekelöf* anerkennt S. diese Zäsur.

2. S. leitet dann über zur *Bayes'* Regel, die die Wahrscheinlichkeit erhellt, mit der ein Schluss von einer beobachteten Wirkung auf eine unbeobachtete Ursache gezogen werden darf. Um diese Regel wird in den USA seit 40 Jahren ein verbaler Krieg geführt. Ergänzt wird die Regel durch *Jeffreys'* Regel, wenn ein Rückschluss aus unsicherer Information gezogen werden soll. S. führt durch die Formeln einer numerischen Fixierung des Beweiswertes und verteidigt sie gegen den Einwand, dass aus ihnen kein Erkenntnisgewinn zu ziehen sei. Für notwendig hält S., dass man einem Indiz eine Anfangswahrscheinlichkeit zuordnet, ohne dass er aber den Richter zur Berechnung von Zahlenwerten verpflichten will (S. 168).

3. Der BGH hat 1989 verneint, dass der Tatrichter Indizien unter Anwendung der *Bayes'* Regel würdigen muss, weil damit mangels empirischer Datengrundlage für eine a priori-Wahrscheinlichkeit kein Erkenntnisgewinn verbunden sei (BGH NJW 1989, 3161, 3162), doch bei Existenz der Daten – so der Fall für biostatistische Abstammungsgutachten – hat der BGH die Regel akzeptiert (BGH NJW 2006, 3416 Tz. 39). Gewarnt hat der BGH vor Scheingewissheiten, hat allerdings zugleich ausgeführt, dass die unangefochtenen mathematischen Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung nicht verletzt werden dürfen. Der englische Court of Appeal hat 2010 ebenfalls einen ablehnenden Standpunkt eingenommen (*R. vs. T.* [2010] EWCA Crim. 2439). Dem hält S. entgegen, dass die Logik der *Bayes'* Regel – von der mathematischen Formel befreit – in Wirklichkeit gelebtem Recht entspreche (S. 171). Das erklärt S. am Anscheinsbeweis (S. 177 ff.), der – anders als ein gewöhnlicher Indizienbeweis – eine anfängliche Plausibilität (nicht: Typizität) des Tatsachenvortrags erfordere (S. 180).

Die ablehnende Einstellung gegenüber der Regel führt S. auf die Einwände mangelnder Verbesserung gegenüber rein intuitiver Beweiswürdigung und mangelnder Praktikabilität bei komplexen Sachverhalten zurück (S. 186). S. lässt beide Argumente nicht gelten; bei komplexen Sachverhalten seien Fehler gleichzeitig für richtig gehaltener Überzeugungen intuitiv nicht zu erkennen. Mit umfangreichen Beispielen stellt S. die Anwendung von ganzen *Bayes'* Netzen vor, die die Abhängigkeiten zwischen mehreren Indizien sichtbar machen, ohne dass dafür eine statistische Ausbildung erforderlich sei. Es werde rational überprüfbar gestellt, welches Wissen relevant sei und welche Annahme den größten Einfluss auf die Überzeugungsbildung habe; aufgedeckt würden die Kohärenzbedingungen der miteinander zu verknüpfenden Teilüberzeugungen von Indizien oder Aussagen, ohne dass es dafür auf eine zum Scheitern verurteilte genaue Messung des Beweiswertes der einzelnen Beweismittel ankomme. Die Modellierung probabilistischer Zusammenhänge mittels *Bayes'*

Netze wirke Denkfehlern entgegen, die auf ungestützter Intuition beruhen. Die Netze seien in Grafiken darstellbar; die Algorithmen für das Schließen im Rahmen der Wahrscheinlichkeitsrechnung seien in frei zugängliche Computerprogramme implementiert, so dass man die Mathematik als Anwender nicht zu beherrschen brauche.

IV. Der dritte Teil der Untersuchung befasst sich mit der Psychologie der Überzeugungsbildung. Assoziative Intuition, die auf oft unbewusster Wiedererkennung von Mustern beruht, wird zwar als erlernbar angesehen, doch fehlt dafür nach S. ein richterliches Lernumfeld, weshalb ihre Ergebnisse für die Tatsachenfeststellung nicht zuverlässiger als bei Nicht-Richtern seien (S. 271). Konstruktive Intuition, die auf einem unbewussten Prozess der Verarbeitung von Hinweisreizen und vorbestehenden Erwartungen beruht, ordnet Informationen zu einem kohärenten Modell. Den unterschiedlichen dazu in der Psychologie vertretenen narrativen und kognitiven Kohärenztheorien steht S. skeptisch gegenüber. Er misst ihnen zwar eine gute Qualität der Beschreibung psychologischer Prozesse der Beweiswürdigung zu, lehnt sie aber als normativen Standard der Beweiswürdigung ab (S. 348).

V. Im vierten Teil widmet sich S. den Erfahrungssätzen in der Beweiswürdigung. Erfahrungssätze sollen ebenso wie Denkgesetze die Freiheit der Beweiswürdigung einschränken; der Verstoß gegen sie ist Revisionsgrund. Erfahrungssätze beruhen auf der relativen Häufigkeit einer Eigenschaft in einem homogenen Kollektiv, die mangels anderer Informationen einen Schluss darauf zulassen, dass ein einzelnes Mitglied des Kollektivs diese Eigenschaft aufweist. Setzt man diese statistisch begründete Erfahrung für die Schlussfolgerung ein, muss der Einzelfall dem richtigen Kollektiv, der richtigen Referenzklasse zugeordnet werden. Da Beweiswürdigungen von Verallgemeinerungen abhängig sind, wenn aus Erfahrungssätzen – auch solchen der Lebenserfahrung – auf den Einzelfall geschlossen werden soll, ist nach S. das Referenzklassenproblem selbst dann zu bewältigen, wenn man nicht mit formalen, mathematischen Modellen der Beweiswürdigung arbeitet; andere Ansätze verdecken nur das Problem, ohne es damit irrelevant zu machen (S. 355 f.).

Für die Beurteilung der Beweiskraft von Erfahrungssätzen führt S. eine neue inhaltliche Unterscheidung ein. Sie orientiert sich am Gegenstand der Wahrscheinlichkeitsaussage (S. 388 ff.), nämlich ob sich die Aussage auf die zu beweisende ursächliche Tatsache bei beobachteter Folge bezieht, oder nur – wie in der Regel, so etwa im Straßenverkehr zur Verschuldensfeststellung – auf eine bedingte Wahrscheinlichkeit des Eintretens einer Folge bei gegebener Ursache. Beobachtete relative Häufigkeiten zum Vorkommen eines Merkmals in einer Referenzklasse fehlten vielfach, ohne dass gleichwohl gebildete Alltagserfahrungssätze deshalb verzichtbar seien. Wegen damit verbundener Risiken sieht S. eine vertiefte Prüfung im Rechtsmittelverfahren als gerechtfertigt an (S. 398). Er bezieht die revisionsrechtliche Kontrolle auf Erfahrungssätze mit gesteigerter Beweiskraft. Das sind Erfahrungssätze, die ohne weitere Indizien ausreichend sein sollen (S. 406), denen aber eine gesicherte empirische Basis fehlt (S. 407). Leider äußert sich S. nicht zum Umfang der Prüfung durch die Berufungsinstanz, die m.E. weitergehend als durch das Revisionsgericht erfolgen muss.

VI. 1. Der fünfte Teil des Werkes ist dem Beweismaß gewidmet. Im common law-Rechtskreis werden unterschiedliche Beweismaße angewandt, je nachdem ob der Beweis im Strafprozess oder im Zivilprozess zu führen ist. Im Zivilprozess genügt regelmäßig der Standard der »preponderance of evidence« (USA) bzw. der »balance of probabilities« (England). Der Sachvortrag muss danach nur wahrscheinlicher wahr als falsch sein (S. 426). Nur vereinzelt ist eine derartige Beweismaßreduzierung auf überwiegende Überzeugung unter Geltung des ZPO befürwortet worden. S. setzt sich für sie ein und hält das für mit § 286 ZPO vereinbar (S. 540 ff.).

Zur entscheidungstheoretischen Rechtfertigung greift S. auf die Abwägung des positiven und des negativen Nutzens einer Entscheidung zwischen zwei a priori-Wahrscheinlichkeiten zurück (S. 439). Er nimmt also eine Analyse der Entscheidungsfolgen vor (S. 452). Maximiert werden müsse der Erwartungsnutzen (S. 440). Die der Ökonomie entnommene Nutzenfunktion entspricht der Kostenfunktion, mit der man in der statistischen Entscheidungstheorie argumentiert (S. 439).

Rezensionen

2. Die Bewertung dieses Ansatzes hängt davon ab, ob man die »Kosten« einer falschen Entscheidung über Abweisung oder Gutheißung einer Klage gleich hoch ansetzt wie den Nutzen einer richtigen Gutheißung oder Abweisung (S. 447). Davon geht S. aus (S. 486) und meint, dass bei einem Gleichstand das wahrscheinlichere Ergebnis den Vorzug erhalten solle (S. 452 f., 486, 489). S. grenzt seine Argumentation gegen wohlfahrtsökonomische Überlegungen ebenso ab wie gegen sozioökonomische Betrachtungen zur Risikotragfähigkeit individueller Parteien (S. 488).

3. Bezugspunkt der überwiegenden Überzeugung sind die Tatsachenbehauptungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen (S. 490). Sind davon in einem Verfahren mehrere beweisbedürftig, sind sie voneinander unabhängig und ist für jedes einzelne Element eine Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % gegeben, tritt hinsichtlich der Gesamtwahrscheinlichkeit ein verblüffendes rechnerisches Ergebnis ein: das Gesamtüberwiegen sinkt unter eine Wahrscheinlichkeit von 50 %. S. will das Überwiegenprinzip auf die Gesamtheit der anspruchsbegründenden Tatsachen beziehen (S. 496, 596). Er erhöht also die Wahrscheinlichkeit und nimmt deshalb an, dass der Unterschied der Ergebnisse im Vergleich zur Anwendung eines höheren Beweismaßes, bezogen auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale, deutlich geringer sei, als regelmäßig von den Kritikern des Überwiegenprinzips behauptet (S. 502, 504). Der Unterschied werde aber sichtbar, wenn nur eine einzige Tatsachenbehauptung strittig ist (S. 504).

4. Die weiteren Ausführungen sind einer Widerlegung der im Schrifttum vertretenen Argumente gegen das Beweismaß der überwiegenden Überzeugung gewidmet. Herausgreifen möchte ich nur einen Aspekt: S. will das Argument nicht gelten lassen, dass der Status quo ante einen größeren Schutz verdiene und damit einer Gleichgewichtigkeit der Positionen beider Prozessparteien sowie der theoretischen Rechtfertigung des Überwiegenprinzips entgegenstehe (S. 537 f.). Die Bevorzugung des Status quo trägt jedoch die Verteilung der Beweislast, soweit diese mangels abweichender Wertungen dem Angreifer auferlegt wird, der den Status quo verändern will. Für den Status quo spricht eine Vermutung der Legitimität; sie schützt vor einem permanenten Zwang zur Rechtfertigung des Besitzstandes (näher: *Ahrens*, *Der Beweis im Zivilprozess*, Kap. 9 Rdn. 37 und 80). Diese Wertung ist nicht auf die Beweislastverteilung zu beschränken, sondern rechtfertigt auch das Regelbeweismaß der herrschenden Meinung. Das Angreiferprinzip ist tief im Gerechtigkeitsgefühl verankert. S. will solche Wertempfindungen augenscheinlich nicht gelten lassen, zollt ihnen aber immerhin Respekt mit der – m.E. verfehlten – Bezugnahme auf Statistiken zum Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz und darin zum Ausdruck kommenden Wertstudien (S. 538 f.).

Für die Glaubhaftmachung vertritt S. ein flexibles Beweismaß (S. 574), was ich für überzeugend halte. Den Abschluss bildet die Darstellung einer empirischen Untersuchung zur Frage, ob das Beweismaß der vollen Überzeugung in der Praxis tatsächlich praktiziert wird. Das verneint S. aufgrund des Ergebnisses der Untersuchung. Die Interpretation der Daten mag man in Zweifel ziehen. Zweifelhafte ist insbesondere die statistische Repräsentativität der Befragungsstichprobe.

Trotz meiner inhaltlichen Vorbehalte gegenüber einzelnen Ergebnissen attestiere ich der Untersuchung einen hohen wissenschaftlichen Rang. Sie stützt sich auf eine stupende Fülle an deutsch- und englischsprachigem Schrifttum zum Beweisrecht, zur Psychologie und zur Wahrscheinlichkeitsrechnung. Untersucht wird eine beträchtliche Anzahl an Judikaten. Hüten sollte man sich vor einer voreiligen gedanklichen Abschirmung gegen die vorgeschlagene Methodik, die Rationalität der Beweiswürdigung zu erhöhen, damit man nicht kognitiven Illusionen zum Opfer fällt. Die Kommentar- und Lehrbuchliteratur wird sich mit den filigranen Argumenten beschäftigen müssen.

Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens, Osnabrück/Göttingen

Neil Andrews: On Civil Processes. Vol. I Court Proceedings, Vol. II Arbitration & Mediation. Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland 2013, LXII, 847 S., XXIII, 429 S., gebunden £ 232,75.

I. Der englische Zivilprozess hat für die Prozessrechtsvergleichung und die europäische und internationale Entwicklung des Zivilprozessrechts in mehrfacher Hinsicht eine Schlüsselfunktion.