

MARK SCHWEIZER

Beweiswürdigung
und Beweismaß

Jus Privatum

189

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 189



Mark Schweizer

Beweiswürdigung und Beweismaß

Rationalität und Intuition

Mohr Siebeck

Mark Schweizer, geboren 1973; Studium der Rechtswissenschaften in Zürich und Ann Arbor, Michigan (LL.M. 2002); Zulassung als Anwalt in Zürich 2001; 2005 Promotion; 2008 Ernennung zum Ersatzrichter am Bezirksgericht Horgen, Zürich; 2010–2013 Senior Research Fellow am Max Planck Institut für Gemeinschaftsgüter, Bonn; 2010 Wahl zum nebenamtlichen Richter am schweizerischen Bundespatentgericht, St. Gallen; 2014 Ernennung zum Privatdozenten an der Universität St. Gallen.

Publiziert mit Unterstützung des SNF zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

e-ISBN PDF 978-3-16-153759-2

ISBN 978-3-16-153642-7

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von le-tex in Leipzig gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität St. Gallen im Herbstsemester 2013 als Habilitationsschrift angenommen. Sie ist während meiner Zeit als Stipendiat des Schweizerischen Nationalfonds am Max Planck Institut für Gemeinschaftsgüter in Bonn zwischen 2010 und 2013 entstanden. Das Manuskript wurde im Sommer 2013 abgeschlossen. Vor der Drucklegung im Herbst 2014 wurden die Hinweise auf Kommentare und Lehrbücher aktualisiert. Weitere Literatur wurde nur berücksichtigt, soweit sie bei einer einfachen Suche nach den Suchbegriffen »Beweiswürdigung« und »Beweismaß« in den wichtigsten Datenbanken auffindbar war. Mein besonderer Dank gilt Prof. Dr. Christoph Engel für die herzliche Aufnahme ins Bonner Institut und die vielen intellektuellen Anregungen, die ich während meiner dortigen Zeit erfuhr. Die überaus anregende und angenehme Arbeitsatmosphäre, die ich am Institut genießen durfte, sind nicht zuletzt sein Verdienst. Eine Arbeit wie die vorliegende ist undenkbar ohne engen Kontakt zu Wissenschaftlern anderer Fachgebiete. Das Max Planck Institut für Gemeinschaftsgüter ermöglicht den fruchtbaren Austausch zwischen Juristen, Ökonomen und Psychologen, ohne den diese Arbeit nicht hätte geschrieben werden können. Dafür gebührt dem Institut als Institution mein herzlicher Dank. Prof. Dr. Andreas Glöckner, Dr. Susann Fiedler und Dr. Marc Jekel von der Nachwuchsforschungsgruppe »intuitive experts« danke ich herzlichst für die großzügige Hilfestellung bei der Planung der Experimente und der Auswertung der Daten. Ich durfte viel von Euch lernen, die Fehler bleiben die meinen. Dank gebührt auch Christina Bern, Sabrina van Detten und Julia Pagel für die tatkräftige Hilfe bei der Beschaffung der Literatur. Den Herren Prof. Dr. Thomas Geiser, Prof. Dr. Vito Roberto und em. Prof. Dr. Helmut Rüssmann danke ich für die überaus zügige Erstellung der Habilitationsgutachten. Dank gebührt auch Prof. Dr. Ulrich Haas, Prof. Dr. Paul Oberhammer und Prof. Dr. Andreas Thier, die das Projekt, das mit der Publikation dieses Buches seinen Abschluss gefunden hat, schon in seiner frühesten Phase unterstützt haben. Dem Schweizerischen Nationalfonds danke ich für die großzügige finanzielle Unterstützung des Forschungsprojekts und für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses. Gewidmet ist diese Arbeit Laurence Andrée Uttinger.

Zürich, im Dezember 2014

Mark Schweizer

Inhaltsübersicht

Erster Teil: Grundlagen	13
Zweiter Teil: Die Denkgesetze der Beweiswürdigung	83
Dritter Teil: Psychologie der Überzeugungsbildung	253
Vierter Teil: Erfahrungssätze in der Beweiswürdigung	349
Fünfter Teil: Beweismaß	425
Sechster Teil: Thesenartige Zusammenfassung	599
Anhang	607
Literaturverzeichnis	623
Sach- und Personenverzeichnis	673

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1. Motivation und Ziel	1
2. Aufbau der Arbeit und Überblick über den Gedankengang	3
<i>Erster Teil: Grundlagen</i>	13
I. Begriffliches	13
1. Beweiswürdigung	13
2. Beweismaß	14
3. Hauptbeweis, Gegenbeweis und Beweis des Gegenteils	16
4. Haupttatsachen, Indizien, Hilfstatsachen und Beweisthema	17
5. Beweismittel und Beweiskraft	21
II. Ziel der Beweiswürdigung	21
1. Der Wahrheitsbegriff der Beweiswürdigung	22
a) Korrespondenztheorien	23
b) Kohärenztheorien	26
c) Konsensustheorien	28
d) Eigene Ansicht, gleichzeitig ein Bekenntnis zum kritischen Realismus	29
2. Objektive Wahrscheinlichkeit als Beweisziel?	33
3. Überzeugung als Beweisziel?	37
4. Formelle Wahrheit als Beweisziel?	41
5. Eigene Ansicht	45
6. Zusammenfassung	47
III. Historische Entwicklung von der Legaltheorie zur freien Beweiswürdigung	47
1. Entwicklung bis zur Aufklärung	47
2. Aufklärung	51
a) Das Menschenbild der Aufklärung	51
b) Das Richterbild der Aufklärung	52
c) Die Einführung der freien Beweiswürdigung in Frankreich: conviction intime	55

d)	Die Einführung der freien Beweiswürdigung in Deutschland: von der conviction intime zur conviction raisonnée	57
e)	Die Einführung der freien Beweiswürdigung in der Schweiz	65
3.	Heute herrschende Lehre und Rechtsprechung zur freien Beweiswürdigung	75
a)	Deutschland	75
b)	Schweiz	77
4.	Zusammenfassung	78
IV.	Zusammenfassung des ersten Teils	79
 <i>Zweiter Teil: Die Denkgesetze der Beweiswürdigung</i>		 83
I.	Was beinhalten die Denkgesetze?	83
II.	Deduktive und induktive Logik	84
III.	Wahrscheinlichkeit	89
1.	Axiome der Wahrscheinlichkeit	89
a)	Normierung	90
b)	Sicherheit	90
c)	Additivität	91
d)	Bedingte Wahrscheinlichkeit	91
e)	Abhängigkeit, Unabhängigkeit und bedingte Unabhängigkeit	93
2.	Wahrscheinlichkeitsbegriffe	95
a)	Alltags- oder Erfahrungswahrscheinlichkeit	97
b)	Klassischer Wahrscheinlichkeitsbegriff	99
c)	Frequentistischer Wahrscheinlichkeitsbegriff	100
d)	Propensity-Theorien der Wahrscheinlichkeit	103
e)	Subjektiver Wahrscheinlichkeitsbegriff	104
f)	Logischer Wahrscheinlichkeitsbegriff	111
3.	Der Wahrscheinlichkeitsbegriff in der juristischen Literatur zur Beweiswürdigung	113
4.	Eigene Ansicht	124
5.	Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie als Logik der Überzeugungsbildung	125
6.	Zusammenfassung	131
7.	Bayes' Regel: Der Schluss von der (beobachteten) Wirkung auf die (unbeobachtete) Ursache	132
8.	Bayes' Regel – ein Modell sequentiellen Lernens	139
9.	Jeffreys Regel	140
10.	Beweiskraft als Likelihood-Quotient	143
a)	Beweiskraft mehrerer unabhängiger Indizien	149
b)	Beweiskraft mehrerer abhängiger Indizien	149

c)	Beweiswert nach Schreiber	151
11.	Beweiswert nach dem schwedischen Beweiswertmodell	155
a)	Beweiswertmodell versus Überzeugungsmodell	162
b)	Die fehlende Berücksichtigung der Anfangswahrscheinlichkeit des Beweisthemas durch die Beweiswertmethode führt zu falschen Resultaten	165
12.	Zusammenfassung	167
IV.	Die Anwendung von Bayes' Regel in der juristischen Beweiswürdigung	168
1.	Wie Bayes' Regel den Anscheinsbeweis erklärt	171
a)	Der Anscheinsbeweis	171
aa)	Beweislasttheorie	175
bb)	Beweismaßtheorie	175
cc)	Materiellrechtliche Theorie	176
dd)	Beweiswürdigungstheorie	177
b)	Wie Bayes' Regel den Anscheinsbeweis erklärt	177
c)	Anscheinsbeweis in der Schweiz	182
d)	Fazit	185
2.	Rationale Überzeugungsbildung in komplexen Fällen	186
3.	Bayes' Netze	190
a)	Herkunft und erste Anwendungen	190
b)	Kausale Netze als Vorstufen von Bayes' Netzen	192
aa)	Ein einfaches Beispiel	192
bb)	Verbreitung von Information in kausalen Netzen	194
cc)	Arten von Verbindungen in kausalen Netzen	195
(1)	Serielle Verbindung	195
(2)	Divergierende Verbindung	196
(3)	Konvergierende Verbindung	197
c)	Von kausalen Netzen zu Bayes' Netzen	198
aa)	Direkte Abhängigkeit statt kausaler Einfluss	198
bb)	Verbot von Rückkopplungsschleifen	200
cc)	Bayes' Netze: Definition und Eigenschaften	200
dd)	Wahrscheinlichkeitsverteilung: Definition und Notation	202
ee)	Bedingte Unabhängigkeit in Bayes' Netzen	205
d)	Exaktes Schließen in Bayes' Netzen anhand eines einfachen Beispiels	208
e)	Erstellen eines Bayes' Netzes	212
aa)	Hypothesenvariablen, verdeckte Variablen und Informationsvariablen	212
bb)	Einfügen der Pfade zwischen den Variablen	215
cc)	Parametrisierung des Netzes	217
dd)	Abfragen des Netzes	219

f)	Redundante Beweismittel	221
g)	Fehlende Beweismittel	223
h)	Ein einfaches Beispiel: Modellierung des Alibi-Beweises	225
i)	Ein einfaches Beispiel mit realistischen Wahrscheinlichkeiten: HIV-Infektion nach kontaminierter Blutspende	227
j)	Ein komplexeres Beispiel zum Abschluss: Bayes' Netz des »Hans H. Falles«	231
k)	Substanziertes Bestreiten – wann ist eine Bestreitung überzeugend?	236
aa)	Substanziierungslast, insbesondere des Beweisgegners	237
bb)	Überzeugend bestreiten	240
l)	Sensitivitätsanalyse	244
4.	Zusammenfassung	249
V.	Zusammenfassung des zweiten Teils	250
 <i>Dritter Teil: Psychologie der Überzeugungsbildung</i>		 253
I.	Einleitung	253
1.	Was ist Intuition?	255
2.	Ist Intuition gut oder schlecht?	260
II.	Assoziative Intuition	262
1.	Assoziatives Lernen	262
2.	»Gutartige« und »böartige« Lernumgebungen	266
a)	Wie gut ist die Lernumgebung von Richtern für das Erlernen von intuitiver Beweiswürdigung?	267
3.	Zusammenfassung	271
III.	Konstruktive Intuition	272
1.	Narrative Kohärenz	273
a)	Bennet/Feldman	273
b)	Die »Anchored Narratives Theorie« von Wagenaar/van Koppen/Crombag	275
c)	Pennington/Hastie	280
d)	Zusammenfassung	284
2.	Kognitive Kohärenz	285
a)	Kohärenz als Parallel Constraint Satisfaction	289
b)	Konnektionistische Netze und Parallel Constraint Satisfaction	291
c)	Empirische Voraussagen von PCS-Modellen der Beweiswürdigung	295

aa)	Die Kohärenzverschiebungen finden während des Entscheidungsfindungsprozesses statt, nicht erst nachträglich	296
bb)	Die Informationsverzerrung erfasst auch logisch betrachtet unabhängige Aussagen	300
cc)	Kohärenzverschiebungen geschehen unbewusst	302
dd)	Der Zustand der Kohärenz ist selbstbewahrend	302
ee)	Auch bei unklarem Sachverhalt entsteht durch den Prozess der Kohärenzbildung ein subjektives Gefühl der Sicherheit, richtig entschieden zu haben	305
d)	Implikationen deskriptiver Theorien kognitiver Kohärenz für die Befangenheit des vorbefassten Richters	308
e)	Strategien zur Vermeidung von Kohärenzverschiebungen	310
3.	Zusammenfassung	318
IV.	Kohärenz als normativer Standard der Beweiswürdigung?	319
1.	Neil MacCormicks narrative Kohärenz	320
2.	Ronald J. Allens relative Plausibilitätstheorie	321
3.	Thagards Theorie erklärender Kohärenz	323
4.	Amalia Amayas aretäische Kohärenztheorie	332
5.	Bex' hybride Theorie	333
6.	Bernard S. Jacksons semiotische Erzähltheorie	342
7.	Eigene Ansicht	343
	<i>Vierter Teil: Erfahrungssätze in der Beweiswürdigung</i>	349
I.	Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie liefert Rationalität, keine Objektivität	349
II.	Woher kommen Überzeugungen: eine Antwort der Statistik	351
1.	Relative Häufigkeit als Quelle subjektiver Überzeugung	351
2.	Das Problem der epistemisch richtigen Referenzklasse	354
a)	Konvergenz zur Rettung?	356
b)	Dann halt 50 Prozent?	358
3.	Die Wahl der richtigen Referenzklasse	363
4.	Zusammenfassung	367
III.	Woher kommen Überzeugungen: eine Antwort der Jurisprudenz	368
1.	Erfahrungssätze als Quellen subjektiver Überzeugungen	368
a)	Die Lehre von den Erfahrungssätzen	368
b)	Abgrenzung der Erfahrungssätze von benachbarten Erscheinungen	371
aa)	Offenkundige (notorische) Tatsachen	371
bb)	Normtatsachen	372
cc)	Tatsächliche (natürliche) Vermutungen	375

c)	Quellen von Erfahrungssätzen	378
aa)	Wissenschaftliche Theorien	378
bb)	Empirische (statistische) Daten	380
cc)	Eigene oder fremde Erfahrung	380
dd)	Allgemeine Lebenserfahrung, Alltagstheorien oder kulturelles Wissen	381
d)	Schließen mit Erfahrungssätzen	385
e)	Der Inhalt von Erfahrungssätzen: Aussagen zur Likelihood oder zur a-posteriori-Wahrscheinlichkeit?	388
f)	Die Beweiskraft von Erfahrungssätzen	391
aa)	Die Beweiskraft von Erfahrungssätzen zur Wahrscheinlichkeit $\Pr(\text{Hypothese} \text{Indizien})$	391
bb)	Die Beweiskraft von Erfahrungssätzen zur Likelihood $\Pr(\text{Indizien} \text{Hypothese})$	393
g)	Zusammenfassung	397
2.	Rechtliche Behandlung der Erfahrungssätze, insbesondere ihre Kontrolle durch Rechtsmittelinstanzen mit beschränkter Kognition	398
a)	Deutschland	398
aa)	Behauptungsbedürftigkeit von Erfahrungssätzen	398
bb)	Beweisbedürftigkeit von Erfahrungssätzen	400
cc)	Überprüfung von Erfahrungssätzen durch das Revisionsgericht	402
(1)	Notwendigkeit einer Abgrenzung der überprüfbaren von den nicht überprüfbaren Erfahrungssätzen	403
(2)	Beschränkung der Überprüfung auf zwingende Erfahrungssätze?	403
(3)	Beschränkung der Überprüfung auf Erfahrungssätze mit gesteigerter Beweiskraft (»allgemeine« Erfahrungssätze)	405
(4)	Weitere Beschränkung nach der Quelle des Erfahrungssatzes	407
(5)	Keine Überprüfung des Beweiswerts von Erfahrungssätzen?	409
(6)	Dogmatische Grundlage der revisionsgerichtlichen Überprüfung	410
b)	Schweiz	411
aa)	Behauptungsbedürftigkeit?	411
bb)	Beweisbedürftigkeit?	411
cc)	Überprüfung durch das Bundesgericht	412

(1) Vor dem In-Kraft-Treten der schweizerischen Zivilprozessordnung	412
(2) Unter der schweizerischen Zivilprozessordnung . . .	415
(3) Der »Normcharakter« der Erfahrungssätze als Abgrenzungskriterium?	418
(4) Dogmatische Grundlage der bundesgerichtlichen Überprüfung des Verstoßes gegen Erfahrungssätze mit gesteigerter Beweiskraft	421
IV. Zusammenfassung des vierten Teils	422
<i>Fünfter Teil: Beweismaß</i>	425
I. Unterschiedliches Beweismaß im Straf- und Zivilprozessrecht in den Ländern des Common Law Rechtskreises	425
II. Entscheidungstheoretische Rechtfertigung des unterschiedlichen Beweismaßes für Zivil- und Strafsachen	429
1. Grundbegriffe der Entscheidungstheorie	429
2. Minimierung der erwarteten Fehlerkosten als Entscheidungsprinzip	434
3. Welche Kosten sind maßgeblich?	440
4. Die Erklärung des unterschiedlichen zivil- und strafrechtlichen Beweismaßes im Common Law durch die normative Entscheidungstheorie	443
5. Zusammenfassung	452
III. Regelbeweismaß im Zivilverfahren nach herrschender Lehre und Praxis in Deutschland und der Schweiz	453
1. Deutschland	453
a) Regelbeweismaß	453
b) Kritik an den hohen Anforderungen an die richterliche Überzeugung	456
c) Zahlreiche Ausnahmen vom Regelbeweismaß	463
2. Schweiz	469
a) Regelbeweismaß	469
b) Kritik an den hohen Anforderungen des Regelbeweismaßes .	473
c) Zahlreiche Ausnahmen zum Regelbeweismaß	474
d) Exkurs: Das Regelbeweismaß im schweizerischen Sozialversicherungsrecht	478
3. Zusammenfassung	482
IV. Eigene Ansicht	482
1. Das Regelbeweismaß in Zivilsachen ist die überwiegende Überzeugung	482

2.	Der Bezugspunkt der überwiegenden Überzeugung	490
a)	Die Lösung des Konjunktionsparadoxes nach Cohen	493
b)	Die Lösung des Konjunktionsparadoxes nach Allen	495
c)	Löst das Konjunktionsparadox den Streit um das richtige Beweismaß in Zivilsachen?	496
V.	Argumente gegen das Regelbeweismaß der überwiegenden Überzeugung	505
1.	Berücksichtigung der Fehlerkosten über die Beweislastverteilung?	505
2.	Argumente für eine unterschiedliche Gewichtung der Kosten eines Fehlers 1. und 2. Art	508
a)	Bewahrung des Status quo ante	508
b)	Verlustaversion	511
c)	Reputationsschaden	515
3.	Andere Argumente gegen die Lehre von der überwiegenden Überzeugung	518
a)	Ziel der Wahrheitsfeststellung	518
b)	Notwendigkeit der Quantifizierung des Beweisergebnisses	520
c)	Leichtigkeit des Beschaffens von Beweismitteln	522
d)	Steigende Anzahl Prozesse	524
e)	Bevorzugung des Klägers	526
f)	Erlahmung des Aufklärungseifers	528
g)	Konsequente Fortführung führt zur Schadensteilung	529
h)	Legitimität des Justizsystems	534
VI.	Lässt sich die Lehre von der überwiegenden Überzeugung mit dem geltenden Recht vereinbaren?	540
1.	Wortlaut von § 286 ZPO-DE und Art. 157 ZPO-CH	541
2.	Vereinbarkeit mit dem materiellen Recht	544
3.	Beweislastregeln	545
4.	Gesetzliche Beweismaßsenkungen, insbesondere Glaubhaftmachung	550
a)	Die historische Kontroverse um den Begriff der Glaubhaftmachung	551
b)	Lehre und Rechtsprechung zur Glaubhaftmachung in Deutschland	554
c)	Lehre und Rechtsprechung zur Glaubhaftmachung in der Schweiz	558
d)	Eigene Ansicht	565
aa)	Glaubhaftmachung als Anleitung zur Bestimmung der Entscheidungsgrenze nach den Fehlerkosten im konkreten Fall	565

bb)	Entscheidungsgrenze bei der Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs bei vorsorglichen Maßnahmen . . .	567
cc)	Entscheidungsgrenze bei der Glaubhaftmachung von Ablehnungs- respektive Ausstandsgründen	570
dd)	Entscheidungsgrenze bei der Glaubhaftmachung des schutzwürdigen Interesses bei vorsorglicher Beweisabnahme	571
ee)	Zusammenfassung der eigenen Ansicht zum Beweismaß der Glaubhaftmachung	573
VII.	Das tatsächliche Regelbeweismaß in Zivilsachen	574
1.	Forschungsfragen	575
2.	Studie	576
a)	Teilnehmer	576
b)	Methode	578
aa)	Sachverhalt und Ablauf der Befragung	578
bb)	Messung der Verlustaversion	579
cc)	Messung der Entscheidungsgrenze	582
c)	Ergebnisse	584
d)	Diskussion	591
3.	Zusammenfassung	594
VIII.	Zusammenfassung des fünften Teils	595
	<i>Sechster Teil: Thesenartige Zusammenfassung</i>	599
	<i>Anhang</i>	607
I.	Dutch Book Argumente für Additivität und Konditionalisierung . .	607
II.	Carnaps induktive Logik an einem einfachen Beispiel erläutert . . .	611
III.	Fagans Nomogramm	614
IV.	Bedingte Wahrscheinlichkeitstabellen für das Bayes' Netz des »Hans H. Falles«	615
V.	Resultate Experiment »Hans H.«	616
VI.	Input für die ECHO Simulation des Hans H. Falles	617
VII.	Fragebogen der Umfrage zu den Fehlerkosten in Zivilsachen	620
VIII.	Sachverhalt der Umfrage zum Beweismaß	621
	Literaturverzeichnis	623
	Sach- und Personenverzeichnis	673

Abkürzungsverzeichnis

Das folgende Abkürzungsverzeichnis umfasst nur Abkürzungen, die in der Schweiz üblich sind und dem deutschen Juristen unbekannt sein dürften. Für die in der deutschen Rechtsprache üblichen Abkürzungen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl. Berlin 2013, und für die in der Alltagssprache gebräuchlichen Abkürzungen auf *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, 26. Aufl. Mannheim 2013, verwiesen. Die Titel nicht-juristischer Zeitschriften und nicht-deutschsprachiger juristischer Zeitschriften werden bewusst nicht abgekürzt.

aBV	(alte) Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (Schweiz)
AJP	Allgemeine Juristische Praxis
BBl	Bundesblatt (Schweiz)
BGE	Bundesgerichtsentscheidung (Schweiz)
BGer	Bundesgericht (Schweiz)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BL	Basel-Landschaft
BPatGer	Bundespatentgericht (Schweiz)
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung vom 18. April 1999 (Schweiz)
ER	Einzelrichter (Einzelgericht)
GR	Graubünden
HGer	Handelsgericht
KGer	Kantonsgesicht
KuKo-ZPO	Kurzkommmentar der schweizerischen Zivilprozessordnung
LU	Luzern
OGer	Obergericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
SHK	Stämpflis Handkommentar (Schweiz)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SMI	Schweizerische Mitteilungen zum Immaterialgüterrecht
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZH	Zürich
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO-CH	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008
ZPO-DE	Deutsche Zivilprozessordnung vom 5. Dezember 2005
ZSR NF	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Fassung)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Le doute n'est pas un état bien agréable,
mais l'assurance est un état ridicule.*

Voltaire, *Brief an Friedrich den Großen*
vom 28. November 1770

Einleitung

1. Motivation und Ziel

Die Bedeutung der Sachverhaltsrekonstruktion für die Rechtsanwendung braucht kaum besonders betont werden.¹ Jeder Rechtsanwendung muss die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vorangehen.² Im Zivilprozess sind die tatsächlichen Grundlagen dabei nach der Erfahrung eines ehemaligen Richters am Oberlandesgericht Oldenburg »nahezu in jedem Rechtsstreit«³ umstritten. Eine ältere empirische Untersuchung kommt zum gleichen Resultat, berichtet sie doch, dass in 80% der Zivilprozesse Probleme der richtigen Tatsachenfeststellung entscheidungserheblich seien.⁴ Gemäß einer neueren Statistik für den Kanton Zürich ergeht in immerhin rund 50% aller zivilrechtlichen Verfahren ein Sachurteil erst nach durchgeführtem Beweisverfahren.⁵

Tatsachenfeststellung ist nicht nur richterliches Alltagsgeschäft, sie ist auch außerordentlich schwierig. »Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.«⁶ *Schellhammer* geht so weit, zu sagen, dass »es oft schwieriger ist, den Sachverhalt festzustellen, als die passende Rechtsnorm zu finden und anzuwenden.«⁷ Der Richter muss trotz ungewisser Beweismittel – Zeugen können irren, Urkunden falsch und Indizien widersprüchlich sein – entscheiden, ob er eine Tatsachenbehauptung für wahr erachtet. Gewissheit ist unerreichbar, »gerichtliche Entscheidungen [müssen] unter Unsicherheit des Existierens faktischer Umstände getroffen werden.«⁸ Das schafft Unbehagen, denn der Mensch strebt nach Sicherheit.⁹

* »Zweifel ist kein angenehmer Zustand, aber Sicherheit ist ein absurder Zustand.«

¹ Zahlreiche Nachweise für Autoren, welche die Bedeutung der Tatsachenfeststellung betonen, bei *Deppenkemper*, Beweiswürdigung, 13.

² Tatsächlich beeinflussen sich Sachverhaltsrekonstruktion und Normverständnis, *Hartwig*, Sachverhaltsarbeit als Steuerungsinstrument, 83 ff., dazu hinten, S. 300 ff.

³ *Meyke*, NJW 2000, 2230–2235, 2230.

⁴ *Bender/Schumacher*, Erfolgsbarrieren vor Gericht, 137.

⁵ *Higi*, ZZZ 2006, 459–495, 479.

⁶ *Digesta Iustiniani*, Liber XXII, 6, 2; frei übersetzt »Bei der Würdigung von Tatsachen irren sich viele und auch die Klügsten.«

⁷ *Schellhammer*, Zivilprozess, Rz. 550.

⁸ *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, 22.

⁹ *Kahneman/Tversky*, *Econometrica* 1979, 263–292, 266; *Tversky/Kahneman*, *Science* 1981, 453–458, 455, »certainty effect«.

Der Bedeutung und Schwierigkeit der Tatsachenfeststellung vor Gericht steht eine gewisse Vernachlässigung des Themas in der deutschsprachigen juristischen Ausbildung und Literatur gegenüber.¹⁰ Zwar gibt es eine beinahe uferlose Literatur zu dogmatischen Fragen der Beweiswürdigung, aber zum *Vorgang* der richterlichen Überzeugungsbildung gibt es wenig Arbeiten, die über die Wiederholung von Gemeinplätzen wie der Bindung an Denkgesetze und Erfahrungssätze hinausgehen.¹¹ Das mag darauf zurückzuführen sein, dass die freie Beweiswürdigung »häufig das begriffliche Alibi [liefert], um die Diskussion über die Techniken der Beweiswürdigung zu beenden, statt sie – wie es erforderlich gewesen wäre – auf neuer Basis und mit noch engagierterem kritischem Bewusstsein wieder zu eröffnen.«¹² Das Desinteresse der Rechtslehre an der Beweiswürdigung als Denkvorgang aber ist ein unnötiger Preis für die Errungenschaft der freien Beweiswürdigung.¹³ Bereits *Endemann*, der wohl wichtigste Vorkämpfer für das Prinzip der freien Beweiswürdigung im deutschen Zivilprozessrecht, wies darauf hin, dass »es [sich von selbst] versteht, dass die Art und Weise der Überzeugungsgewinnung und Bildung den Gegenstand wissenschaftlicher Darstellung und systematischer Erörterung gewähren kann, die eben nur keine fachwissenschaftlich-juristische im strengen Sinne mehr sein wird.«¹⁴ »Gefragt ist nicht die juristische Subsumtion, gefragt sind Naturwissenschaft und Logik, Psychologie und Lebenserfahrung.«¹⁵

Diese Arbeit versucht deshalb, sich der Beweiswürdigung interdisziplinär zu nähern. Dieser Ansatz wird in der amerikanischen Rechtslehre seit den 1970-er Jahren, in England seit den 1990-er Jahren, unter dem von *Lempert* geprägten Stichwort der »New Evidence Scholarship« vertreten.¹⁶ Ich bin überzeugt, dass die »interdisziplinäre Wende«¹⁷ auch dem kontinentaleuropäischen Beweisrecht bevorsteht, und dass sich zahlreiche Probleme der Beweiswürdigung, auch dogmatischer Natur, nicht ohne den Blick über das eigene Fachgebiet hinaus lösen lassen.¹⁸

Ziel dieser Arbeit ist einerseits, eine normative Beweistheorie zu entwickeln und zu zeigen, wie sich der Richter rational eine Überzeugung zur Wahrheit

¹⁰ *Schneider*, NJW 1986, 971–972, 971; *Schilken*, Zivilprozessrecht, Rz. 392.

¹¹ *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, ist sicherlich die bekannteste Ausnahme.

¹² *Nobili*, Freie Überzeugungsbildung, 8 f.

¹³ *Peters*, in: *Lejman* et al. (Hrsg.), Festschrift Karl Olivecrona, 532–551, 541.

¹⁴ *Endemann*, AcP 1858, 92–129, 96. Ebenso *Peters*, in: *Lejman* et al. (Hrsg.), Festschrift Karl Olivecrona, 532–551, 541: »Für die geistige Beherrschung dieses gesetzesfreien Raumes bedarf es freilich mehr als bloß rechtlicher Anwendung und Ableitung.«

¹⁵ *Schellhammer*, Zivilprozess, Rz. 550.

¹⁶ *Lempert*, in: *Tillers* (Hrsg.), Probability and inference, 61–111, 61; *Jackson*, Oxford Journal of Legal Studies 1996, 309–328, 316; *Park/Saks*, Boston College Law Review 2006, 949–1031; *Twining*, in: *Dawid/Twining/Vasilaki* (Hrsg.), Evidence, inference and enquiry, 73–118, 92 ff.

¹⁷ *Park/Saks*, Boston College Law Review 2006, 949–1031, 949.

¹⁸ Ebenso *Fill*, De calculatione iustitiae indicatorum, 12.

strittiger Tatsachenbehauptungen bilden kann. Andererseits soll beschrieben werden, wie die Entscheidungsfindung tatsächlich erfolgt, denn unbestrittenermaßen ist Überzeugungsbildung kein rein rationaler Vorgang. Schließlich soll eine Antwort auf die seit langem umstrittene Frage des richtigen Beweismaßes in Zivilsachen gegeben werden. Das Verständnis der rationalen Überzeugungsbildung verlangt einen Blick in die Wahrscheinlichkeitstheorie, verstanden als Logik der Überzeugungsbildung. Die intuitive Überzeugungsbildung ist Domäne der deskriptiven (psychologischen) Entscheidungstheorie, und das Beweismaß wird mit den Methoden der normativen Entscheidungstheorie analysiert. Dabei soll aber die genuin juristische Natur der Beweiswürdigung nicht aus den Augen verloren werden. Interdisziplinarität ist nicht »l'art pour l'art«, sondern dient dem Zweck, das Recht weiter zu entwickeln.

2. Aufbau der Arbeit und Überblick über den Gedankengang

Im ersten Teil zu den Grundlagen werden vorab einige für jede Beweistheorie wichtige Begriffe definiert. Dabei werden im Wesentlichen in Lehre und Rechtsprechung bewährte Umschreibungen verwendet und nur klargestellt, für welche Deutung sich der Schreibende entschieden hat, wenn es unterschiedliche Auffassungen gibt. Beweiswürdigung wird verstanden als der Vorgang der richterlichen Überzeugungsbildung zur Wahrheit von Tatsachenbehauptungen. Eine für die weitere Arbeit wichtige Weichenstellung wird bei der Definition des Beweismaßes vorgenommen. Dieses wird definiert als der Grad persönlicher Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung, der erreicht werden muss, ehe ein Richter die Behauptung als wahr erachten darf. Abgelehnt wird demnach die ebenfalls vertretene Meinung, das Beweismaß bestimme, *wovon* der Richter überzeugt sein müsse. Denn Bezugspunkt der richterlichen Überzeugung kann nur die (materielle) Wahrheit sein.

Bevor das Beweisziel definiert werden kann, ist in gebotener Kürze eine Explikation des Wahrheitsbegriffs notwendig. Es zeigt sich, dass der für die Tatsachenfeststellung vor Gericht maßgebliche Wahrheitsbegriff derjenige der Korrespondenztheorie ist, der besagt, dass eine Aussage wahr ist, wenn sie mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Die Entscheidung für den Korrespondenzbegriff der Wahrheit wird bei der Beurteilung des normativen Status von Kohärenztheorien der Beweiswürdigung am Ende des dritten Teils der Arbeit eine wichtige Rolle spielen. Die Lehre von der formellen Wahrheit wird erläutert und es wird gezeigt, weshalb sie nach Abschaffung der gesetzlichen Beweistheorie überflüssig geworden ist. Ziel der Tatsachenfeststellung vor Gericht ist die (materielle) Wahrheit der Tatsachenbehauptungen, die das Gericht dem Urteil zugrunde legt. Dieses Ziel kann nicht immer erreicht werden, aber das ist kein Grund, es nicht als ideales Ziel, das Voraussetzung für die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit ist, anzustreben.

Im historischen Überblick zur Geschichte der freien Beweiswürdigung im 3. Kapitel des ersten Teils liegt das Hauptaugenmerk auf der Einführung der freien Beweiswürdigung in Deutschland und der Schweiz, während die ältere Geschichte der freien Beweiswürdigung nur gestreift wird. Freiheit der Beweiswürdigung bedeutet, dass der Richter von wenigen Ausnahmen abgesehen nicht an gesetzliche Regeln zur Bestimmung der Beweiskraft von Beweismitteln gebunden ist. Tatsachenfeststellung bleibt aber eine Sache der Vernunft, nicht des Gefühls. Die französische Lehre von der *conviction intime*, der inneren Überzeugung, die in Frankreich in der Folge der Revolution von 1789 zusammen mit den Geschworenengerichten eingeführt wurde, stieß in Deutschland auf Widerstand. Erst nachdem sie sich zur Lehre von der *conviction raisonnée*, der vernünftigen Überzeugung, gewandelt hatte, wurde sie akzeptiert und die bis dahin zum Schutz vor richterlicher Willkür als notwendig erachteten gesetzlichen Beweisregeln abgeschafft. Seit Savigny (1846) wird die Sicherung vor Willkür in der Beweiswürdigung darin gesehen, dass die richterliche Überzeugungsbildung nicht gegen die allgemeinen Denkgesetze und die Erfahrungssätze verstoßen darf.¹⁹ Die Überlegungen, die den Richter bewogen haben, eine Tatsachenbehauptung als wahr oder falsch zu akzeptieren, müssen nachvollziehbar sein und offen gelegt werden. Die den Abschluss des ersten Teils bildende Darstellung der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zur freien Beweiswürdigung in Deutschland und der Schweiz zeigt, dass sich an dieser Auffassung bis heute im Wesentlichen nichts geändert hat.

Der zweite, umfangreichste, Teil der Arbeit ist der Explikation der Denkgesetze der Beweiswürdigung gewidmet. Traditionell werden unter den Denkgesetzen die Schlussregeln der klassischen (aristotelischen) Logik verstanden. Diese Regeln erlauben wahrheitserhaltendes Schließen; d. h. unter der Voraussetzung, dass die Prämissen wahr sind, ist die auf einem gültigen Schluss beruhende Folgerung notwendigerweise ebenfalls wahr. Deduktive Argumente vermögen den Gehalt der Prämissen explizit zu machen, aber sie können Wissen nicht erweitern. Letzteres können nur Argumente der induktiven Logik, die dafür nicht zwingend wahr sind. Die deduktive Logik muss im Rahmen der Beweiswürdigung beachtet werden, aber die Erkenntnisse, die aus ihr folgen, sind gering, da die Schwierigkeit bei der Tatsachenfeststellung nicht darin besteht, aus wahren Prämissen notwendigerweise wahre Folgerungen zu ziehen, sondern aus unsicheren Prämissen plausible Folgerungen abzuleiten. Die Regeln der Wahrscheinlichkeitstheorie können als Regeln einer induktiven Logik verstanden werden, die solche probabilistische Schlüsse ermöglicht.

Die Einführung der Grundregeln der Wahrscheinlichkeit und die Definition der bedingten Wahrscheinlichkeit, die im weiteren Verlauf eine zentrale Rolle spielen wird, führt über zu den Deutungen des Wahrscheinlichkeitsbegriffs, zu

¹⁹ Savigny, GA 1858, 469–491, 485.

denen die klassische, frequentistische, subjektive und logische Deutung gehören. Die Verwendung des Wahrscheinlichkeitsbegriffs in der deutschen juristischen Literatur zur Beweiswürdigung wird in chronologischer Übersicht beginnend mit *Kegels* einflussreichem Aufsatz zum Individualanscheinsbeweis von 1967 bis zu *Geipels* Dissertation zur »Objektivierung der Beweiswürdigung« von 2008 dargestellt.²⁰ Die dadurch geschaffenen Grundlagen erlauben die Begründung der These, dass die richterliche Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung nichts anderes als eine epistemische Wahrscheinlichkeit ist, die ein Wissensdefizit ausdrückt. Persönliche Überzeugungen, dies wird im 4. Kapitel des zweiten Teils gezeigt, sollten den Axiomen der Wahrscheinlichkeitstheorie genügen, weil das Subjekt sonst mit Fug als irrational bezeichnet werden kann. Richterliche Überzeugungen sind subjektive Wahrscheinlichkeiten: Die Regeln der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie sind die Regeln der Logik der (richterlichen) Überzeugungsbildung. »La théorie des probabilités n'est, au fond, que le bon sens réduit au calcul;«²¹ dies der Schluss der Argumentation bis hierher.

Die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie ermöglicht insbesondere einen probabilistischen Schluss von einer beobachteten Wirkung auf die wahrscheinliche Ursache. Dieser Schluss ist zentral für die Beweiswürdigung, denn Beweismittel sind nichts anderes als die der unmittelbaren Sinneswahrnehmung des Richters zugänglichen Folgen von nicht direkt durch den Richter beobachtbaren Ursachen. Von der Aussage des Zeugen, er habe den Sachverhalt »X« wahrgenommen, ist der Schluss darauf, dass sich der Sachverhalt »X« wie berichtet abgespielt hat, nur zulässig, wenn das der Fall sein von X die Ursache für die Aussage des Zeugen ist, und nicht beispielsweise eine Sinnestäuschung. Den probabilistischen Schluss von der beobachteten Wirkung auf die unbeobachtete Ursache – »la probabilité des causes par les évènements«²² – ermöglicht Bayes' Regel. Im 4. Kapitel des zweiten Teils wird daher die Herleitung und Anwendung von Bayes' Regel im Detail gezeigt. Aus Bayes' Regel folgt die Definition der Beweiskraft als Likelihood-Quotient, die allen weiteren Überlegungen zugrunde liegt. Eine alternative Erklärung des Beweiswerts durch die schwedische Beweiswertmethode (*Ekelöf-Halldén-Edman-Modell*²³) wird geprüft und mit eingehender Begründung verworfen.

Das 5. Kapitel des zweiten Teils beginnt mit einer Übersicht zur Anwendung von Bayes' Regel in der juristischen Beweiswürdigung. Es zeigt sich insbesondere,

²⁰ *Kegel*, in: *Biedenkopf/Coing/Mestmäcker* (Hrsg.), Festgabe für Heinrich Kronstein, 321–344; *Geipel*, Objektivierung der Beweiswürdigung.

²¹ *Laplace*, *Essai philosophique sur les Probabilités*, 95.

²² *Laplace*, in: *L'académie des sciences* (Hrsg.), *Pierre Simon Laplace – Œuvres complètes*, 27–65, 27 ff.

²³ *Levi*, in: *Gärdenfors/Hansson/Halldén* (Hrsg.), *Evidentiary value*, 27–43, 27; *Gärdenfors*, in: *Gärdenfors/Hansson/Halldén* (Hrsg.), *Evidentiary value*, 44–57, 47.

dass das »schillernde«²⁴ Institut des Anscheinsbeweises eine gelebte Anwendung von Bayes' Regel ist. Der eigentliche Wert einer im Sinne der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie kohärenten Überzeugungsbildung zeigt sich aber erst in komplexen Fällen mit zahlreichen unsicheren und widersprüchlichen Beweismitteln. Die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie erlaubt die Überprüfung, ob die der Überzeugungsbildung zugrunde liegenden Annahmen widerspruchsfrei zusammenpassen und welcher rationaler Überzeugungsgrad für die Wahrheit der interessierenden Hypothese durch die Beweislage vermittelt wird. Kohärenz im Sinne der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie kann in solch komplexen Fällen nicht ohne Hilfsmittel erreicht werden; sie übersteigt die Kapazität des menschlichen Gehirns bei weitem. Bayes' Netze sind ein Hilfsmittel, das die formale Modellierung selbst komplexester Sachverhalte auf eine einleuchtende, auch dem mathematischen Laien zugängliche, Weise erlaubt. Allerdings sind die Grundlagen, die dem Anwender von Bayes' Netzen letztlich verborgen bleiben, technisch einigermaßen anspruchsvoll, weshalb der juristische Leser die Einführung in die Bayes' Netze möglicherweise als schwere Kost empfinden wird. Die Vorteile der Bayes' Netze, welche die Kohärenz der Teilüberzeugungen im Sinne der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie garantieren, bekannte Trugschlüsse der Beweiswürdigung vermeiden helfen, die Beschränkungen des Arbeitsgedächtnisses in komplexen Fällen überwinden, und so flexibel sind, dass sie einfach dem sich ändernden Wissen angepasst werden können, rechtfertigen die intellektuelle Investition aber. Die formale Modellierung zeigt, auf wie vielen Annahmen, die ohne erhärtete empirische Basis getroffen werden, jede Beweiswürdigung beruht. Weil sie dazu zwingt, versteckte Annahmen offen zu legen, macht sie die Überzeugungsbildung transparent und erlaubt erst einen rationalen Diskurs über ihre Grundlagen.

Nach der Einführung in die technischen Grundlagen und die Erstellung von Bayes' Netzen wird die durch Bayes' Netze unterstützte Überzeugungsbildung an vier, zunehmend komplexeren, Beispielen konkret dargestellt. Das letzte und komplexeste Beispiel, der so genannte »Hans H./Jason Wells-Fall« wird im dritten Teil zur Psychologie der Überzeugungsbildung wieder verwendet werden, um aufzuzeigen, inwiefern eine holistische, intuitive und eine zergliedernde, rationale Beweiswürdigung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Den Abschluss des zweiten Teils bildet die Sensitivitätsanalyse, die erlaubt, Aussagen dazu zu treffen, welche Annahmen die Überzeugung zur Wahrheit der interessierenden Tatsachenbehauptung in welchem Ausmaß beeinflussen. Dieses Wissen ermöglicht es insbesondere, eine informierte Entscheidung darüber zu treffen, ob es sich lohnt, Ressourcen in die Gewinnung weiterer Information zu investieren.

²⁴ *Rabel*, RheinZ 1923, 428–442, 442; *Peters*, MDR 1949, 66–70, 67; *Rommé*, Anscheinsbeweis, 1; *Engels*, Anscheinsbeweis, 2.

Es ist unbestreitbar, dass Überzeugungsbildung deskriptiv nicht den Regeln der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie folgt. Beweiswürdigung beruht »einerseits auf intellektuellen Denkopoperationen und andererseits auf irrationalen, gefühlsmäßigen Vorgängen.«²⁵ »Intuition und Gefühl«²⁶ spielen eine wichtige Rolle. Der dritte Teil der Arbeit widmet sich daher der Psychologie der Überzeugungsbildung.

Im ersten Kapitel des vierten Teils wird Intuition definiert als ein automatischer, schneller, anstrengungsloser und weitgehend unbewusster Prozess der Informationsverarbeitung der in einem Gefühl resultiert, das ein Urteil oder eine Entscheidung beeinflussen kann. Anschließend wird gezeigt, dass die heftig umstrittene Frage, ob intuitive Entscheidungen gut oder schlecht sind, so nicht beantwortet werden kann, da es auf die der Intuition zugrundeliegenden kognitiven Prozesse ankommt, ob die Intuition in einer bestimmten Situation zu einem guten oder schlechten Urteil führt. Einer in der Psychologie vorgeschlagenen Unterscheidung der Intuition in assoziative und konstruktive Intuition folgend, wird gezeigt, dass sich Richter in einer für die Entwicklung von guten Intuitionen bei der Beweiswürdigung ungünstigen Lernumgebung befinden, da sie kein relevantes Feedback erhalten. Dies heißt nicht, dass Richter keine Intuitionen haben, oder dass diese generell schlecht sein müssen, aber es bedeutet, dass Richter wahrscheinlich die gleichen Intuitionen wie andere Menschen haben.

Während assoziative Intuition auf der automatischen und oft unbewussten Wiedererkennung von erlernten Mustern beruht, ist konstruktive Intuition ein Prozess der Kohärenzbildung. Während der Entscheidungsfindung werden in einem unbewussten, automatischen Prozess die Hinweisreize und vorbestehende Erwartungen miteinander abgeglichen und in Übereinstimmung gebracht, so dass ein kohärentes Gesamtbild entsteht. »Geschichten-Modelle« der Beweiswürdigung, oder Theorien narrativer Kohärenz, postulieren, dass Mittel zur Schaffung von Kohärenz bei der Beweiswürdigung die Erzählung ist. Der Richter versucht, die vorliegenden Beweismittel vor dem Hintergrund seiner Lebenserfahrung zu einer stimmigen Geschichte zusammenzufügen. Gelingt ihm dies, ist er überzeugt, dass die Geschichte wahr ist. Gefährlich ist, dass im Verlaufe der Überzeugungsbildung nicht nur die Geschichte den Beweismitteln, sondern auch die Interpretation der Beweismittel der Geschichte angepasst wird.

Parallel Constraint Satisfaction (PCS) Modelle der Überzeugungsbildung sind eine moderne, formalisierte Weiterentwicklung älterer Theorien kognitiver Kohärenz, zu denen die Geschichten-Modelle der Beweiswürdigung gehören. Ein »constraint« (Restriktion) ist ein Verhältnis zweier Aussagen, das positiv ist, wenn die Aussagen zusammenpassen, und negativ, wenn sie nicht zusammenpassen. Das Problem der Kohärenzmaximierung besteht nach den PCS-Modellen darin,

²⁵ *Guldener*, Beweiswürdigung und Beweislast, 6; *Bühler*, in: *Leuenberger* (Hrsg.), *Der Beweis im Zivilprozess*, 72–92, 89.

²⁶ *Meier/Sogo*, *Zivilprozessrecht*, 286.

eine Aufteilung der Aussagen in »akzeptiert« und »verworfen« zu finden, die gleichzeitig möglichst viele Restriktionen erfüllt, wobei eine positive Restriktion erfüllt ist, wenn die Aussagen in der gleichen Teilmenge sind, und eine negative Restriktion, wenn sie in unterschiedlichen Teilmengen sind. Zur Lösung von Parallel Constraint Satisfaction Problemen werden bevorzugt konnektionistische Netze verwendet.

Anders als viele Kohärenztheorien sind PCS-Modelle nicht von einer Vagheit geplagt, die alles und nichts zu erklären vermag. Die formale Modellierung des Kohärenzbildungsprozesses führt zu empirisch überprüfbaren Voraussagen, die sich in vielen Fällen bewahrheitet haben. Insbesondere sagen PCS-Modelle der Überzeugungsbildung voraus, dass sich die Bewertung von Indizien *während* des Prozesses der Entscheidungsfindung in Richtung der später getroffenen Entscheidung verändert, die Bewertung von logisch betrachtet unabhängigen Indizien in der gleichen Richtung beeinflusst wird, dieser Prozess unbewusst abläuft, es schwierig ist, einen einmal eingesetzten Kohärenzbildungsprozess durch neue Evidenz in eine andere Richtung zu lenken und auch bei einem anfänglich ambivalenten Sachverhalt, der verschiedene Interpretationen zulässt, die Überzeugung, die richtige Interpretation gefunden zu haben, nach der Entscheidung sehr hoch ist.

Dieses psychologische Verständnis des Kohärenzbildungsprozesses erlaubt es, den normativen Status von Theorien narrativer und erklärender Kohärenz für die Beweiswürdigung zu beurteilen. Sowohl Geschichten-Modelle der Beweiswürdigung wie auch die Theorie erklärender Kohärenz sind als Formen des Schlusses auf die beste Erklärung als normative Modelle der Beweiswürdigung propagiert worden. Am Beispiel des Hans H. Falles wird gezeigt, wie dieser Fall gemäß diesen Theorien – soweit sie spezifiziert genug sind, um eine vernünftige Aussage zu erlauben – beurteilt würde. Es zeigt sich insbesondere, dass unter der Theorie erklärender Kohärenz eine geringfügige Änderung des Inputs zu völlig anderen Schlüssen führt. Es kann mehrere annähernd gleich kohärente mentale Repräsentationen eines Sachverhalts geben. Theorien erklärender Kohärenz bringen das epistemische Defizit, das einem unklaren Sachverhalt und einer ambivalenten Beweislage innewohnt, zum Verschwinden. Unter anderem deshalb sind sie als *normative* Theorien der Beweiswürdigung abzulehnen.

Während die Kohärenz im Sinne der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie geeignet ist, das epistemische Defizit ambivalenter Sachverhalte zu bewahren, was experimentell gezeigt wird, kann die Einhaltung der Axiome der Wahrscheinlichkeitstheorie allein nicht garantieren, dass die Überzeugungen mit der Wirklichkeit korrespondieren. Ähnlich wie die deduktive Logik, die keine Aussage zur Wahrheit der Prämissen macht, sondern nur zur Gültigkeit des Schlusses, macht die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie nur Aussagen dazu, welche Überzeugungen widerspruchsfrei zusammenpassen. Eine erkenntnistheoretische *Methode* muss aber eine Aussage dazu machen, woher die ursprünglichen Überzeugungen stammen dürfen.

In der Jurisprudenz ist es die Lehre von den Erfahrungssätzen, die den Inhalt der Überzeugungen bestimmt, die der Richter gerechtfertigterweise haben darf. Der vierte Teil der Arbeit widmet sich daher der Explikation der Lehre von den Erfahrungssätzen.

Weil die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie in ihrer Reinform keine Vorschriften zu den zulässigen Quellen der Überzeugungen macht, wird sie meist, häufig implizit, durch das »Frequency Principle«²⁷ oder »Principle of Direct Probability«²⁸ ergänzt. Dieses besagt vereinfacht, dass die persönliche Überzeugung dafür, dass ein zufällig ausgewähltes Individuum, das einer Referenzklasse angehört, eine bestimmte Eigenschaft aufweist, der relativen Häufigkeit dieser Eigenschaft in der Referenzklasse entsprechen muss. Mit der Ergänzung durch das Frequency Principle handelt sich die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie das Referenzklassenproblem des frequentistischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs ein. Dieses Problem plagt jeden, auch informellen, Schluss von einer Generalisierung auf den Einzelfall, weshalb ein pragmatischer Lösungsansatz für dieses theoretisch unlösbare Problem beschrieben wird.

Im weiteren Verlauf des vierten Teils wird argumentiert, dass die Lehre von den Erfahrungssätzen in der juristischen Beweiswürdigung die Rolle des Frequency Principle übernimmt. Gemäß der Lehre von *Stein* erlauben Erfahrungssätze den Schluss von einer allgemeinen, durch Induktion gewonnene, Regel auf den Einzelfall.²⁹ Sie erfüllen den gleichen Zweck, den die relativen Häufigkeiten gemäß dem Frequency Principle übernehmen. Erfahrungssätze werden daher als Aussagen zur relativen Häufigkeit eines Merkmals in einer Referenzklasse verstanden. Damit lassen sich namentlich die Randbedingungen eines gültigen Schlusses vom Erfahrungssatz auf den Einzelfall aufzeigen und Aussagen zum Beweiswert von Erfahrungssätzen machen, die über die bisherigen Erkenntnisse hinausgehen.

Das konzeptuelle Verständnis von Erfahrungssätzen als Aussagen zur relativen Häufigkeit darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich Erfahrungssätze nicht nur auf statistische Daten stützen können. Als Quellen von Erfahrungssätzen kommen neben wissenschaftlichen Theorien auch eigene und fremde Erfahrung und »Alltagswissen«³⁰ in Frage, d. h. Wissen, das von der Gesellschaft als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Da von Erfahrungssätzen, die sich nur auf Alltagswissen stützen, eine erhöhte Gefahr ausgeht, rechtfertigt es sich, sie im Rechtsmittelverfahren einer erhöhten Kontrolle zu unterziehen. Diese Auffassung vermag die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung zur Revisibilität des Verstoßes gegen Erfahrungssätze in der Beweiswürdigung trotz der grundsätzlichen Bindung des Revisionsgerichts an die Tatsachenfeststellung der

²⁷ *Hacking*, Introduction to probability and inductive logic, 137.

²⁸ *Hájek*, *Synthese* 2007, 563–585, 578.

²⁹ *Stein*, *Privates Wissen*, 14 ff.

³⁰ Zum Begriff *Lenz*, in: *Endruweit/Trommsdorff* (Hrsg.), *Wörterbuch der Soziologie* in 3 Bänden, Eintrag »Alltagswissen«.