

## 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>		<i>349</i>
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