

ZZP

Zeitschrift für Zivilprozeß

Herausgegeben von
Dieter Leipold, Karl Heinz Schwab
und Rolf Stürner

Sonderdruck



Carl Heymanns Verlag

Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung

Prof. Dr. Christian Katzenmeier, Universität zu Köln

- I. Einleitung
 - 1. Problemstellung
 - 2. Begriffliches
 - II. Beweismaß
 - 1. Beweismaßtheorien
 - a) Theorie der Wahrheitsüberzeugung (Subjektive Theorie)
 - b) Objektive Theorie
 - c) Theorie der Wahrscheinlichkeitsüberzeugung (objektivierende Theorie)
 - d) Stellungnahme
 - 2. Beweismaßreduzierung im Haftungsprozeß?
 - a) Die Lehre vom Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit
 - aa) Rechtsvergleich
 - (1) Das schwedische »Överviktsprinzip«
 - (2) Common law: »Preponderance of probability«
 - bb) Begründung
 - (1) Gerechtheitserwägungen
 - (2) Verifizierbarkeit der Entscheidung
 - (3) Gerichtspraxis
 - b) Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht
 - aa) Wortlaut des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO
 - bb) Gesetzessystematik
 - c) Lösung de lege ferenda?
- III. Haftungsumfang
 - 1. Probabilistische Proportionalhaftung
 - 2. Ersatzfähigkeit verlorener Chancen
 - a) »Lost chances«-Lehre
 - b) Die »Perte d'une chance«
 - c) Gemeinschaftsrecht
- IV. Stellungnahme
 - 1. Ersatz verlorener Chancen
 - 2. Probabilistische Proportionalhaftung
 - a) Begründungsdefizite
 - b) Rechtsökonomie
 - c) Vorzüge des Alles-oder-Nichts-Prinzips
 - 3. Beweismaßreduzierung
 - a) Praktikabilitätsbedenken
 - b) Eigener Gerechtigkeitswert von Beweislastentscheidungen
 - c) Gefahr des Ausufers materiellrechtlicher Anspruchsgrundlagen
- V. Schluß

I. Einleitung

1. Problemstellung

Mit den Risikopotentialen und multikausalen Schädigungen als Folge einer industrialisierten, arbeitsteiligen Welt wachsen die Schwierigkeiten des Nachweises konkreter Verantwortlichkeit. In Haftungsprozessen gelingt es den zur Entscheidung berufenen Gerichten auch bei Ausschöpfung aller objektiv-rationalen Erkenntnisregeln (Beweiswürdigung) nicht immer, die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO erforderliche Überzeugung von der Wahrheit der tatsächlichen Behauptungen zu gewinnen. So bereitet etwa bei der Produkthaftung, der Arzneimittelhaftung im besonderen, bei der Umwelthaftung, bei der Abfallhaftung, auch bei der Dienstleistungshaftung, hier insbesondere der Arzthaftung, der Nachweis eines Fehlers oder Fehlverhaltens des Schädigers und der Kausalitätsnachweis dem Kläger oftmals erhebliche Schwierigkeiten.

Um zu verhindern, daß das materielle Recht angesichts hoher prozessualer Hürden weitgehend leerläuft, und mit dem Ziel, einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, räumen die Gerichte in immer größerem Umfang (bisweilen auch der Gesetzgeber) *Beweiserleichterungen* zugunsten des Anspruchstellers ein. Diese vermögen dogmatisch allerdings nicht stets restlos zu überzeugen. Zudem ist – so die Kritik – das über Jahrzehnte immer feiner ausdifferenzierte System des BGH inzwischen so komplex geworden, daß es selbst von erfahrenen und spezialisierten Berufsrichtern der Obergerichte verfehlt werden kann.

Dies gibt Anlaß zur Frage nach einer *Reduzierung des Beweismaßes*, welche die Durchsetzungschancen des materiellen Haftungsrechts erhöhen und die Beweislastsonderregeln (weitestgehend) entbehrlich machen könnte. Das Thema fand in der deutschen Prozeßrechtswissenschaft vor geraumer Zeit größere Aufmerksamkeit¹, nachdem man es als praktisch höchst relevantes², auch prozeßpolitisches Problem³ wahrgenommen hat, und es bleibt von zentralem Interesse⁴. Bislang nur vereinzelt wird seine Bedeutung im Zusammenhang mit den nunmehr einsetzenden Überlegungen zur Entwicklung eines europäischen Haftungsrechts realisiert⁵.

1 Vgl. etwa Baumgärtel, in: *Habscheid/Beys*, Grundfragen des Zivilprozeßrechts, 1991, S. 539 ff.; Bender, in: Festschr. f. Baur, 1981, S. 247 ff.; Bruns, ZZP 91 (1978), 64 ff.; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 186 ff.; Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978; Habscheid, in: Festschr. f. Baumgärtel, 1990, S. 105 ff.; Huber, Das Beweismaß im Zivilprozeß, 1983; Kargados, in: *Habscheid/Beys*, Grundfragen des Zivilprozeßrechts, 1991, S. 581 ff.; Koussoulis, in: Festschr. f. Schwab, 1990, S. 277 ff.; Leopold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985; Maassen, Beweislastprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975; Motsch, Vom rechtsgenügenden Beweis, 1983; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S. 105 ff.; ders., in: Festschr. f. Kegel, 1977, S. 451 ff.; Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, 1984, Rdnrn. 129 ff.; Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 59 ff.; Rechberger, in: Festschr. f. Baumgärtel, 1990, S. 471 ff.; Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 1989; Schwab, in: Festschr. f. Fasching, 1988, S. 451 ff.; Walter, Freie Beweiswürdigung, 1979.

2 Baumgärtel, in: Festschr. 600 Jahre Universität zu Köln, 1988, S. 165 (176); Rechberger (Fn. 1), S. 471: »praktisch höchst bedeutsames Dauerthema«.

3 Esser, in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966, Vorwort, S. 5; Kargados (Fn. 1), S. 596.

4 Vgl. aus jüngerer Zeit die Abhandlungen von H. Weber, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, 1997; Mummenhoff, Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität, 1997; auch Stichelbrock, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, 2002, S. 351 ff.; a. A. Gottwald, in: Festschr. f. Henrich, 2000, S. 165 ff.: »weitgehend ein Streit um Worte«.

5 Monographisch v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, 1996, Bd. II, 1999; Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, 1999; van Gerven u. a., Tort Law. Scope of Protection, 1998; Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, 1998; Spier (Hrsg.), The Limits of Expanding Liability, 1998; beachtlich auch die Dissertation von Wummet, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2002. Aufsätze etwa von

Die nationalen Rechtsordnungen sind im Hinblick auf die prozessuale Durchsetzbarkeit von Haftungsansprüchen ganz unterschiedlich ausgestaltet. Der Konvergenzdruck aber nimmt zu⁶. Beim bevorstehenden Ringen um das bestmögliche europäische Recht gilt es, die Erkenntnisse der vertieften wissenschaftlichen Diskussion einzubringen und dabei auch den eigenen Standpunkt zu verifizieren.

2. Begriffliches

Gesicherte Erkenntnis der umfangreichen beweisrechtlichen Diskussion der vergangenen Jahrzehnte und Ausgangspunkt der Betrachtung ist die strikte Trennung von Beweismaß, Beweiswürdigung und Beweislast⁷. Beweiswürdigung bezeichnet den Vorgang, bei welchem der Richter durch Vergleich des Beweisergebnisses mit dem Beweisthema prüft, ob der Beweis gelungen ist, ob er also im konkreten Rechtsstreit eine bestimmte Tatsachenbehauptung als bewiesen ansehen darf⁸. Erst wenn dieses Verfahren abgeschlossen und ohne Erfolg geblieben ist, also im Falle eines non liquet, kommt die objektive Beweislast zum Tragen, mit deren Hilfe der Richter den Rechtsstreit nunmehr entscheidet⁹. Während sich die Beweiswürdigung auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob der Beweis im konkreten Fall geführt wurde, gibt das *Beweismaß* generell an, wann dieser Beweis gelungen ist. Es weist der richterlichen Überzeugung einen genaueren Inhalt zu und bestimmt, wovon der Richter überzeugt sein muß¹⁰. Im Interesse der Vorhersehbarkeit und damit der Rechtssicherheit muß das Beweismaß – anders als die Beweiswürdigung als eine Tatfrage – rechtssatzmäßig geregelt sein¹¹. Diese

Magnus, ZEuP 1998, 602 ff.; Spier/Haazen, ZEuP 1999, 469 ff.; v. Bar, ZEuP 2001, 515 ff.; Jansen, ZEuP 2001, 30 ff.; ders., ZEuP 2002, 641.

6 Perspektiven der europäischen Prozeßrechtsangleichung bei Heß, JZ 2001, 573 ff. m. w. N. Die Notwendigkeit einer Rechtsharmonisierung gerade in Bezug auf das Beweismaß wird betont von Bülow, EWS 1997, 155 (156, Note 8); Baumgärtel, JZ 1992, 321 (322); angesprochen auch von Koch, ZHR 152 (1988), 537 (561 f.).

7 Vgl. statt aller Prütting (Fn. 1), S. 58 ff., m. w. N. auch zum Folgenden.

8 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, ¹⁵1993, § 115 I. Zu dem Vorgang der freien richterlichen Beweiswürdigung Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, ¹⁹⁹⁴, 1. Kap.

9 MüKoZPO/Prütting, ²2000, § 286 Rdnr. 91; Musielak, in: 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wiss., Bd. III, S. 193 (208 f.); zur Problematik von »non liquet«-Entscheidungen Arens, in: Festschr. f. Müller-Freienfels, 1986, S. 13 ff.

10 Greger (Fn. 1), S. 8 ff.; Walter (Fn. 1), S. 5; Prütting (Fn. 1), S. 59; Baumgärtel (Fn. 1), S. 544; Koussoulis (Fn. 1), S. 277: »Beweismaß, Beweisquantum oder Beweiskriterium ist der Grad der prozeßrechtlichen Erkenntnis, der erforderlich ist, damit die entscheidungserhebliche Tatsachenbehauptung als bewiesen gilt und die materielle Rechtsfolge eintritt«; krit. Anm. zu der Begriffsverwendung bei H. Weber (Fn. 4), S. 13, Note 1.

11 Prütting (Fn. 1), S. 59; MüKoZPO/Prütting (Fn. 9), § 286 Rdnr. 28; Greger (Fn. 1), S. 15; Maassen (Fn. 1), S. 1, 19; Musielak/Stadler (Fn. 1), Rdnr. 149; Baumgärtel (Fn. 1), S. 559; Koussoulis (Fn. 1), S. 278; Stichelbrock (Fn. 4), S. 363. – A. A. Huinmüller, ZZP

grundsätzliche Festlegung ergibt sich aus § 286 I 1 ZPO, wonach es für die richterliche Überzeugung darauf ankommt, »ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei«.

Trotz der gedanklich klaren Trennung besteht zwischen Beweismaß, Beweiswürdigung und Beweislast ein enger sachlicher Zusammenhang: Da eine Beweislastentscheidung stets erst dann in Betracht kommt, wenn sich der Richter trotz Ausschöpfens aller möglichen und prozessual zulässigen Beweismittel keine Überzeugung vom Bestehen oder Nichtbestehen der behaupteten Tatsachen hat verschaffen können, hängt die Häufigkeit solcher Entscheidungen unmittelbar davon ab, wie leicht oder wie schwer es dem Richter gemacht wird, sich eine Überzeugung zu bilden. Auf eine Kurzformel gebracht: Je geringer die Anforderungen an das Beweismaß, desto kleiner wird die Zahl der richterlichen Entscheidungen nach Beweislastgrundsätzen sein und umgekehrt¹². Dieses Komplementärverhältnis läßt eine Beweismaßreduzierung besonders für diejenigen Rechtsgebiete attraktiv erscheinen, die geprägt sind durch eine stark ausdifferenzierte Beweislastverteilung, verspricht sie die Sonderregelungen doch wesentlich zu entlasten, vielleicht sogar eine Generalbereinigung herbeizuführen¹³.

II. Beweismaß

Bei der Suche nach dem sachgerechten Beweismaß sind zwei Teilfragen zu unterscheiden¹⁴. Einmal ist zu klären, wie der Richter zu einer Sachverhaltsannahme gelangt, ob es hierfür auf seine persönliche, subjektive Auffassung ankommt oder ob auch oder sogar ausschließlich objektive Gesichtspunkte, wie z. B. Wahrscheinlichkeitsregeln, die sich evtl. sogar in mathematische Formeln bringen lassen, ausschlaggebend sind. Damit hängt die zweite und eigentliche Kernfrage des

90 (1977), 326 (335), der eine rechtssatzmäßige Fixierung des Beweismaßes als glatten Verstoß gegen den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung betrachtet; anders auch *Gottwald* (Fn. 1), S. 186 ff., 208, der von einem variablen Beweismaß je nach den Beweisschwierigkeiten und anderen, auch materiellen Umständen im Einzelfall ausgeht; *ders.* (Fn. 4), S. 173, 175 f.; *AK-ZPO/Rüßmann*, 1987, § 286 Rdnr. 20; *Rommé* (Fn. 1), S. 86 ff.; *Eimmabl*, NJW 2001, 469 (473 ff.).

12 So *Prütting* (Fn. 1), S. 66; zust. *Koussoulis* (Fn. 1), S. 279; *Musielak*, ZZZ 100 (1987), 385 (406); s. auch *Greger* (Fn. 1), S. 15; *Brüggemeier* (Fn. 5), S. 229. Bes. deutlich wird der Zusammenhang bei *Motsch*, in: *Gedächtnisschr. f. Rüdiger*, 1978, S. 334 ff.; *ders.* (Fn. 1), S. 82 ff., nach dessen Ansicht es selbst im Grenzfall gleicher Wahrscheinlichkeit nicht richtig und sinnvoll sein soll, den Prozeß nach Beweislastregeln zu entscheiden. Hier wird die Beweislast völlig verdrängt. Dagegen aber *Prütting* (Fn. 1), S. 67 ff.; *Baumgärtel* (Fn. 2), S. 172 f.

13 Ausgangspunkt des Vorschlags von *Maassen* (Fn. 1), S. 125 ff., 153 ff., der das deutsche Beweisrecht »in eine Vielzahl von beziehungslosen Fallgruppen chaotisch zersplittert« sieht, es hinterlasse »den Eindruck eines mehr oder minder geordneten Chaos«.

14 Vgl. *Leipold* (Fn. 1), S. 5; *ders.*, in: *Festschr. f. Nakamura*, 1996, S. 301 (308); *Walter*, ZZZ 99 (1986), 217 (218); *Baumgärtel* (Fn. 1), S. 544 f.; *MüKoZPO/Prütting* (Fn. 9), § 286 Rdnr. 31; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 307 f.

Beweismaßes eng zusammen, unter welchen Voraussetzungen der Richter einen von ihm angenommenen Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde legen darf. Heftig umstritten ist, ob er von der Wahrheit der betreffenden Tatsachen überzeugt sein muß oder ob die Annahme eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades für den Beweis genügt.

Meinungsverschiedenheiten hierüber liegen zum Teil bereits darin begründet, daß bis heute keine eindeutige Klärung und Verständigung über die Begriffe, welche in der Beweismaßlehre eine Rolle spielen, nämlich die Begriffe der Wahrheit, der Wahrscheinlichkeit und der Überzeugung, gelungen ist¹⁵. Insbesondere der Begriff der Wahrscheinlichkeit wird von der Rechtsprechung und auch im Schrifttum häufig allzu unbekümmert und ohne Rücksicht darauf verwendet, daß es nicht eine einheitliche Definition, sondern eine ganze Reihe unterschiedlicher Begriffsbestimmungen gibt¹⁶. Die unterschiedlichen Standpunkte lassen sich letztlich auf drei Wahrscheinlichkeitsbegriffe zurückführen¹⁷, den statistischen (objektiven)¹⁸, den subjektiven¹⁹ und den logischen²⁰, deren gemeinsamer Kern darin besteht, daß aufgrund eines (empirisch ermittelten) Basismaterials ein Schluß auf die Richtigkeit einer bestimmten Hypothese hinsichtlich der Häufig-

15 Vgl. die Kritik an mangelnder Begriffspräzisierung u. a. von *Schwab* (Fn. 1), S. 451; *Koussoulis* (Fn. 1), S. 277; nachdrücklich *Bender/Nack*, in: *Festschr. 10 Jahre Deutsche Richterakademie*, 1983, S. 263 ff. (277): »Die Rechtswissenschaft ist aufgerufen, wenigstens einen Teil jenes ungeheuren Aufwandes, den sie für eine immer filigranhafter werdende Rechtsanwendungslehre betreibt, der für die Rechtspraxis viel wichtigeren Beweislehre zukommen zu lassen.« Einen Beleg für die anhaltende Kontroverse liefert die kritische Rezension der Habilitationsschrift von *H. Weber* (Fn. 4) durch *Musielak*, ZZZ 111 (1998), 385 ff.

16 *Musielak*, in: *Festschr. f. Kegel*, 1977, S. 451 (455); *Musielak/Stadler* (Fn. 1), Rdnr. 133; *Huber* (Fn. 1), S. 78 ff.; *Bender/Nack* (Fn. 15), S. 263 ff. *Prütting* (Fn. 1), S. 60, weist darauf hin, daß der Versuch, den Begriff der Wahrscheinlichkeit in das Gefüge richterlicher Erkenntnis und Entscheidung einzuordnen, »auslösendes Moment der gesamten Kontroverse« um das Beweismaß ist.

17 Vgl. *Musielak* (Fn. 16), S. 455 ff.; *ders.* (Fn. 1), S. 111 ff.; *Greger* (Fn. 1), S. 38 ff., im Anschluß an die philosophisch-wissenschaftstheoretischen Werke von *Carnap-Stegmüller*, *Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit*, 1959; *Popper*, *Logik der Forschung*, 1966; *Essler*, *Induktive Logik*, 1970; *Juhos-Katzenberger*, *Wahrscheinlichkeit als Erkenntnisform*, 1970.

18 Die statistische Wahrscheinlichkeit ist als Grenzwert der relativen Häufigkeit, mit der ein bestimmtes Merkmal in der Folge gleichartiger Vorgänge auftritt, zu verstehen, vgl. *Greger* (Fn. 1), S. 40 ff.; *H. Weber* (Fn. 4), S. 33 ff.; *Mummenhoff* (Fn. 4), S. 77 ff.

19 Der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff verknüpft die subjektive Bewertung (Erwartung, Glauben, Vertrauen) einer Person mit einer Hypothese vom objektiven Geschehen, vgl. *Greger* (Fn. 1), S. 38 ff.; *Prütting* (Fn. 1), S. 61 f.; *H. Weber* (Fn. 4), S. 37 f.

20 Der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff trifft eine Aussage über den Bestätigungsgrad einer Hypothese bzgl. eines Einzelergebnisses, vgl. *Greger* (Fn. 1), S. 44 ff.

keit eines Ereignisses gezogen wird²¹. Dieser gemeinsame Kern bietet einen brauchbaren Anknüpfungspunkt für die Verwendung des Wahrscheinlichkeitsbegriffs in der Rechtswissenschaft und einen geeigneten Maßstab für die Untersuchung des Verhältnisses von Wahrheit und Wahrscheinlichkeit. Im folgenden seien die Beweismaßtheorien wenigstens kurz skizziert, soweit dies für das Verständnis der Beweismaßproblematik erforderlich ist.

1. Beweismaßtheorien

a) Theorie der Wahrheitsüberzeugung (Subjektive Theorie)

Nach herkömmlicher Lehre verlangt der Beweis die *volle richterliche Überzeugung von der Wahrheit* einer tatsächlichen Behauptung²². Der BGH hat dies in der *Anastasia-Entscheidung* dahingehend erläutert, es komme auf die *persönliche Gewißheit* des Richters von der Wahrheit eines bestimmten Sachverhalts an. Zwar verlange das Gesetz nicht eine von allen Zweifeln freie Überzeugung; der Richter dürfe und müsse sich »mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen«²³. Es sei aber ungenau, dies dahingehend auszudrücken, daß das Gericht sich mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit begnügen dürfe. Dies sei falsch, falls damit von der Erlangung einer eigenen Überzeugung des Richters abgesehen werden sollte²⁴.

Die starke Betonung der richterlichen Überzeugung durch den BGH ist in der Literatur verschiedentlich kritisiert worden. Die subjektive Seite der Beweiswürdigung werde überbewertet, wenn man eine »persönliche« Gewißheit des Richters von der Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsachenbehauptung verlange²⁵. Der Richter habe nicht in seiner Person, sondern in seiner Rolle als Richter überzeugt

21 Musielak (Fn. 1), S. 458; Musielak/Stadler (Fn. 1), Rdnr. 134; Huber (Fn. 1), S. 113; Koussoulis (Fn. 1), S. 281 f.

22 BGHZ 53, 245 (255 f.); BGH, NJW 1979, 2033; NJW-RR 1994, 567; Greger (Fn. 1), S. 104 ff.; Walter (Fn. 1), S. 149 ff., 173 ff.; H. Weber (Fn. 4), S. 17 f.; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, ²¹1996, § 286 Rdnr. 4; MüKoZPO/Prütting (Fn. 9), § 286 Rdnrn. 35 f.; Musielak/Foerste, ZPO, ³2002, § 286 Rdnrn. 17 f.; Thomas/Putzo, ZPO, ²⁵2003, § 286 Rdnr. 2; Jauernig, Zivilprozessrecht, ²⁸2003, § 49 II.1.; Schilken, Zivilprozessrecht, ²2002, Rdnr. 489; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 8), § 115 II.1.

23 BGHZ 53, 245 (256); aus jüngerer Zeit BGH, NJW 1993, 935 (937); 2000, 953 (954).

24 BGHZ 53, 245 (256), mit Bezugnahme auf BGH, DRiZ 1967, 239; 1969, 53.

25 Leipold (Fn. 1), S. 9 f.; ders. (Fn. 14), S. 309: »Die Betonung des subjektiven Elements, die schon in den Worten »persönliche Gewißheit« hervortritt, wird durch den Hinweis auf das Gewissen des Richters noch unterstrichen. Etwas Persönlicheres und Subjektiveres als das Gewissen kann man sich kaum vorstellen. Doch scheint es, als ob der Bogen gerade damit überspannt wird«; MüKoZPO/Prütting (Fn. 9), § 286 Rdnr. 18; für eine rein subjektive Beweismaßtheorie aber H. Weber (Fn. 4), S. 17, 22 ff., 139.

zu sein. Von persönlicher Gewißheit könne man im gewöhnlichen Zivilprozeß auch deswegen im allgemeinen nicht sprechen, weil der Richter im wesentlichen nur die von den Parteien vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und angetretenen Beweise zu würdigen habe, womit stets die Möglichkeit verbunden sei, daß sich der Sachverhalt in Wirklichkeit ganz anders darstellt als das Ergebnis der Beweisaufnahme. Im übrigen passe das Erfordernis einer persönlichen »Gewißheit« auch nicht zu der (richtigen) Aussage, es brauche nicht etwa jeglicher Zweifel ausgeschaltet zu sein. Eine Gewißheit mit Zweifeln sei ein Widerspruch in sich²⁶.

b) Objektive Theorie

Solche Unstimmigkeiten und ein Hinweis auf mögliche Gefahren des Erfordernisses richterlicher Wahrheitsüberzeugung als Beweismaß riefen in der deutschen Prozeßrechtswissenschaft der vergangenen Jahrzehnte Stimmen auf den Plan, welche einer rein objektiven Betrachtung das Wort reden²⁷. Erklärtes Ziel ist es, im Interesse einer besseren Wahrheitsfindung eine Subjektivierung, Emotionalisierung und Psychologisierung bei der Feststellung des Sachverhalts als Entscheidungsgrundlage zu vermeiden, um jede Willkür sicher auszuschließen²⁸. Deshalb betrachten die Vertreter einer objektiven Theorie allein die *Ermittlung von Wahrscheinlichkeiten* als Gegenstand der richterlichen Beweiswürdigung, wobei sie von einem statistischen Wahrscheinlichkeitsbegriff ausgehen²⁹. Sei ein bestimmter Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht, so sei der Richter »überzeugt«, auf seine subjektive Gewißheit komme es nicht an³⁰.

Zu Recht ist diese rein objektive Theorie mit der Pflicht des Richters, nach Wahrscheinlichkeit zu entscheiden, als mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung unvereinbar bewertet worden³¹ und findet heute kaum mehr Anhänger³². Müßte der Richter unter Umständen entgegen seiner eigenen Überzeugung ent-

26 Leipold (Fn. 1), S. 9; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 22) § 286 Rdnr. 3; Musielak, ZZP 99 (1986), 217 (219).

27 Kegel, in: Festgabe f. Kronstein, 1967, S. 321 ff.; Motsch (Fn. 1), S. 90 ff., 154 ff., 247 ff.; Maassen (Fn. 1), S. 194 und passim; Ekelöf, in: Festschr. f. Baur, 1981, S. 343 ff.; auch Bruns, Zivilprozessrecht, ¹1979, S. 243 f.; ders., ZZP 91 (1978), 64 (66).

28 Kargados (Fn. 1), S. 631.

29 Rechberger (Fn. 1), S. 472.

30 Kegel (Fn. 27), S. 321 ff.; Motsch (Fn. 1), S. 90 ff., 154 ff., 247 ff.

31 Gottwald (Fn. 1), S. 187 ff., 203 ff.; ders. (Fn. 4), S. 173; Greger (Fn. 1), S. 101 ff.; Koussoulis (Fn. 1), S. 284 f.; Kargados (Fn. 1), S. 633; s. auch Prütting (Fn. 1), S. 63 ff.; H. Weber (Fn. 4), S. 139 ff., 147; Stieckelbrock (Fn. 4), S. 358, 362.

32 Rechberger (Fn. 1), S. 472 m. N.: »In keiner Neuauflage eines gängigen deutschen Zivilprozessrechtslehrbuchs oder eines derartigen Kommentars aus jüngster Zeit wurde eine objektive Beweismaßtheorie vertreten.«

scheiden, so wäre dies der Wahrheitsfindung wenig förderlich und ein Rückzug auf die Beweisregeln³³. Praktisch träte der Sachverständige an die Stelle des Richters³⁴. Letzten Endes bedeutete die unmittelbare Bindung an die Wahrscheinlichkeit eine Rückkehr zu der legalen Beweistheorie, die Freiheit richterlicher Beweiswürdigung – Errungenschaft einer langen geschichtlichen Entwicklung³⁵ – würde damit preisgegeben³⁶.

c) *Theorie der Wahrscheinlichkeitsüberzeugung (objektivierende Theorie)*

Zwischen der rein objektiven und der subjektiven Theorie liegt die sog. »objektivierende Theorie«, die eine »Wahrscheinlichkeitsüberzeugung« des Richters verlangt³⁷. Ausgangspunkt dieser Ansicht ist die Feststellung, daß im Grunde genommen jeder Beweis ein Wahrscheinlichkeitsbeweis ist. Deshalb könne auch die Wahrheitsüberzeugung nur als Wahrscheinlichkeitsüberzeugung auftreten³⁸. Rechtssatzmäßig werde angeordnet, welcher Grad an Wahrscheinlichkeit einer Tatsachenbehauptung als »Wahrheit« gilt³⁹, Regelbeweismaß soll die hohe Wahrscheinlichkeit sein⁴⁰. Dabei wird die subjektive Komponente der Beweiswürdigung keineswegs geleugnet, sondern das Erfordernis einer richterlichen Überzeugung berücksichtigt, so wie es der Grundsatz der freien Beweiswürdigung beansprucht⁴¹. Nur soll dem Richter bei Erreichen eines bestimmten Wahrscheinlich-

33 Kargados (Fn. 1), S. 633.

34 Huber (Fn. 1), S. 50; Baumgärtel (Fn. 1), S. 551.

35 Eingehend beschreibt Walter (Fn. 1), S. 7 ff., 85, das Schwanken zwischen dem Vertrauen in die freie Beweiswürdigung des unabhängigen Richters und dem Mißtrauen, das den Richter an feste Beweisregeln zu ketten suchte, bis sich die Erkenntnis Bahn brach, daß der Prozeß seine Aufgabe der Wahrheitsfindung am besten erfüllt, wenn der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt, allerdings eingebettet in ein Netz von garantierenden und kontrollierenden Prozeßgrundsätzen: die Mündlichkeit der Verhandlung, das rechtliche Gehör der Beteiligten, deren Anspruch auf Beweiserhebung und die Pflicht des Richters, seine Beweiswürdigung im Urteil zu begründen; instruktiv auch die historischen Bemerkungen zur »freien Beweiswürdigung« im Strafprozeß von Küper, in: Festschr. f. Peters, 1984, S. 23 ff.

36 Kargados (Fn. 1), S. 633.

37 Begründet und entwickelt von Musielak (Fn. 1), S. 105 ff., 115 f., 119; s. auch ders. (Fn. 16), S. 451 ff.; Musielak/Stadler (Fn. 1), Rdnrn. 137 ff., 143 ff., 146 ff.; Huber (Fn. 1), S. 113 ff., 116 ff. Die Auffassung geht auf eine lange »rationalistische« anglo-amerikanische Tradition zurück, vgl. dazu William Twining, *Theorie of Evidence*, 1985.

38 Musielak (Fn. 1), S. 115 f., 119; Huber (Fn. 1), S. 113 ff., 116 ff.

39 Musielak (Fn. 1), S. 119; Musielak/Stadler (Fn. 1), Rdnr. 149; Huber (Fn. 1), S. 97, 118 ff.

40 Huber (Fn. 1), S. 115, 121 ff., 127 ff.

41 Musielak (Fn. 1), S. 120: »Subjektive Erwägungen des Tatrichters finden deshalb hier ein weites Feld.«

keitsgrades ein Rückzug auf die persönliche Gewißheit, wie sie die Rechtsprechung verlangt, verwehrt sein⁴².

d) *Stellungnahme*

An letztgenannter Auffassung überzeugt das offene Bekenntnis zur *Kombination von subjektiven mit objektiven Faktoren*. Beweiswürdigung im Zivilprozeß stellt einen Vorgang dar, bei dem objektive Vorgaben zu beachten sind, dem Richter aber doch regelmäßig ein erheblicher subjektiver Bewertungsspielraum verbleibt⁴³. Im geltenden System der freien Beweiswürdigung ist nun einmal grundsätzlich die subjektive Einschätzung durch den Richter des konkreten Prozesses entscheidend. Dies gilt auch für die Frage, ob die erreichte Beweisstärke im gegebenen Fall ausreicht, um den Beweis als erbracht anzusehen⁴⁴. Ohne eine objektive Basis, auf der die subjektive Überzeugung beruht, hinge freilich die Sachverhaltsfeststellung durch den Richter von seiner zufälligen oder gar willkürlichen Einstellung ab und wäre auch nicht nachprüfbar⁴⁵. Der Richter ist aber nicht berechtigt, nach Belieben zu urteilen. Er hat Erfahrungssätze sowie Natur- und Denkgesetze zu beachten⁴⁶. Und es bieten hier objektive Wahrscheinlichkeitserwägungen eine sachgerechte Grundlage und ein Hilfsmittel der Überzeugungsbildung⁴⁷. Der Richter soll den Beweis dann als geführt betrachten, »wenn er als besonnene, gewissenhafte und lebenserfahrene Person aus objektiven Gründen die gewonnene Wahrscheinlichkeit als genügend ansieht«⁴⁸. Darin liegt eine berechtigte Teilobjektivierung der freien Beweiswürdigung.

Der weiteren Schlußfolgerung der »objektivierenden Theorie«, infolge der Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeitserwägungen bei der Beweiswürdigung sei das Beweismaß der Wahrheitsüberzeugung unhaltbar und zugunsten einer bloßen Wahrscheinlichkeitsüberzeugung aufzugeben, kann jedoch nicht zugestimmt werden. Der Zweck des Zivilprozesses, die Herbeiführung einer der materiellen

42 Huber (Fn. 1), S. 120, 151.

43 Leipold (Fn. 1), S.11; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 22), § 286 Rdnr. 2; Rechberger (Fn. 1), S. 479.

44 Leipold (Fn. 1), S. 10.

45 Baumgärtel (Fn. 1), S. 552.

46 Prütting (Fn. 1), S. 75, 86; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 22), § 286 Rdnr. 2; Musielak/Stadler (Fn. 1), Rdnr. 132; Musielak/Foerste (Fn. 22), § 286 Rdnr. 10; H. Weber (Fn. 4), S. 25 ff.

47 Musielak, ZZZP 99 (1986), 217 (219); MüKoZPO/Prütting (Fn. 9), § 286 Rdnrn. 11, 34; Gottwald (Fn. 1), S. 196 ff., 203 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 8), § 115 II.1. Unzutreffend ist die häufige Gegensatzbildung zwischen den beiden Begriffen Wahrscheinlichkeit und Überzeugung. Deutlich zum Verhältnis zweier aufeinander folgender Prüfungsstufen v. Bar (Fn. 5), Bd. II, § 4 Rdnrn. 449 und 452.

48 Stein/Jonas/Leipold (Fn. 22), § 286 Rdnr. 1; ders. (Fn. 1), S. 11.

Rechtslage gerecht werdenden Entscheidung in einem geordneten Verfahren⁴⁹, spricht für das Erfordernis der vollen richterlichen Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung⁵⁰. Zwar ist es richtig, daß die absolute Wahrheit nur als »Grenzwert« denkbar ist⁵¹. Gleichwohl kann sie im Rahmen der richterlichen Sachverhaltsfeststellung Bedeutung erlangen, und zwar als idealer Bezugspunkt, auf welchen sich das Streben des Richters und die ihm hieraus erwachsene Überzeugung erstrecken⁵². Das Gesetz respektiert die Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnis. Mit der Formulierung in § 286 I 1 ZPO, es sei zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu *erachten* sei – nicht, ob sie wahr oder unwahr sei – kommt zum Ausdruck, daß die Reichweite der richterlichen Feststellung relativ, nämlich auf das konkrete Prozeßgeschehen bezogen ist und keineswegs den Anspruch erheben muß, die Wahrheit als solche zu treffen⁵³. In diesem Sinne läßt sich das Beweismaß der Wahrheitsüberzeugung des Richters im Prozeß verstehen und gegenüber der Kritik verteidigen.

2. Beweismaßreduzierung im Haftungsprozeß?

Sind die verschiedenen Theorien der Überzeugungsbildung eher von akademischem Interesse, da die verschiedenen Auffassungen sich bei genauerer Betrachtung im Ergebnis doch weitgehend einander annähern⁵⁴, so ist der Streit um

⁴⁹ Zum Zweck des Zivilprozesses vgl. nur *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 ff. (49 ff.); *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 8), § 1 III.; *Schilken* (Fn. 22), Rdnrn. 6 ff. m. w. N.; *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51 (79 ff.).

⁵⁰ *Baumgärtel* (Fn. 1), S. 552; weitere Nachweise bei *Kargados* (Fn. 1), S. 630.

⁵¹ Vgl. *Popper*, Logik der Forschung, 1971, S. 107 ff.

⁵² *Greger* (Fn. 1), S. 32 ff. (38); zust. *Walter*, ZZP 93 (1980), 97 (98); s. auch *ders.* (Fn. 1), S. 174 ff. (188): »Gegen die Einsicht von der Beschränktheit der menschlichen Wahrheitserkenntnis ist die Aufforderung zu setzen, gleichwohl als Richtpunkt, als möglicherweise unerreichbaren Grenzwert die Erkenntnis der Wahrheit anzustreben«; beide unter Anführung von *Calamandrei*, Rivista di Diritto Processuale 1955, 164 (191): »Auch wenn wir überzeugt sind, daß die menschliche Natur nicht fähig ist, absolute Wahrheiten zu erreichen, ist es eine Pflicht der Ehrlichkeit (*onestà*), sich mit allen Kräften darum zu bemühen, sich so weit wie möglich dem unerreichbaren Ziel zu nähern: auch wenn wir überzeugt sind, daß das schließliche Urteil nichts anderes sein kann als ein Wahrscheinlichkeitsurteil, so daß nie auf absolute Weise ein Justizirrtum auszuschließen ist, so ändert das nichts daran, daß die ganze Struktur des Verfahrens darauf ausgerichtet sein muß, die Suche nach der Wahrheit möglichst vertieft und kontrolliert zu gestalten, derart, daß die Distanz zwischen dieser und der Wahrscheinlichkeit sich auf das Minimum reduziert.«

⁵³ So *Leipold* (Fn. 1), S. 10; s. auch MüKoZPO/*Prütting* (Fn. 9), § 286 Rdnr. 34; *Stickebrock* (Fn. 4), S. 359; *Schwab* (Fn. 1), S. 455, 458 f.

⁵⁴ Vgl. auch MüKoZPO/*Prütting* (Fn. 9), § 286 Rdnr. 34: »Die in diesen Auffassungen zum Ausdruck kommenden unterschiedlichen Überlegungen mögen theoretisch ge-

die eigentliche Kernfrage, welches Beweismaß im Zivilprozeß gilt, von großer praktischer Bedeutung.

a) Die Lehre vom Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

Der h. M., welche die volle richterliche Überzeugung von der Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung fordert und als Grundlage für die Wahrheitsüberzeugung die »sehr hohe Wahrscheinlichkeit«⁵⁵ oder »eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit« verlangt⁵⁶, setzen verschiedene Autoren für den Zivilprozeß die These entgegen, eine bestimmte Tatsache sei im allgemeinen bereits dann der richterlichen Entscheidung zugrunde zu legen, wenn die *überwiegende Wahrscheinlichkeit* für sie spreche⁵⁷. Es soll genügen, wenn das Vorliegen der Tatsache wahrscheinlicher ist als das Nichtvorliegen – dies auch, wenn das Übergewicht nur gering ist⁵⁸.

aa) Rechtsvergleich

Einen Anstoß erfuhr die Diskussion um das »Überwiegensprinzip«, die in der Bundesrepublik etwa Mitte der sechziger Jahre einsetzte, durch rechtsvergleichende Betrachtungen und Bezugnahmen in erster Linie auf das anglo-amerikanische Recht und das Recht der skandinavischen Länder.

wichtig sein. Es darf aber nicht verkannt werden, daß sich in der praktischen Rechtsanwendung zwischen diesen Auffassungen kein ernstlicher Unterschied ergeben dürfte«.

⁵⁵ *Prütting* (Fn. 1), S. 76; *Larenz*, SchuldR I, 1987, § 29 IV; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2000, 4. Kap., 9.2., sub (5); *Baumgärtel* (Fn. 1), S. 561: »in der Rechtsprechung und überwiegend auch in der Literatur vertretene Auffassung«.

⁵⁶ So z. B. im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts BGH, NJW 1973, 2249 (2250); aus der Lit.: *Kollhosser*, ZZP 96 (1983), 271; *Musielak/Foerste* (Fn. 22), § 286 Rdnrn. 18 f.; *Schilken* (Fn. 22), Rdnr. 489; *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht, 1983, Rdnrn. 358 ff. – Zum Abrücken der Rspr. von dieser als ungenau bezeichneten Formulierung in BGHZ 53, 245 (256) und stärkeren Betonung der subjektiven Komponente der Überzeugungsbildung vgl. unter II. 1. a.

⁵⁷ Vgl. etwa *Kegel* (Fn. 27), S. 335 ff., 343 f.; *Maassen* (Fn. 1), S. 52 ff., 153 ff., 194; *Motsch* (Fn. 12), S. 334 ff.; *ders.* (Fn. 1), S. 36, 86, 91, 247 f.; grds. zustimmend *Grunsky*, NJW 1984, 858 f.; s. auch *Bruns* (Fn. 27), S. 243 ff.; *Hirte*, Berufshaftung, 1996, S. 476 ff., 482 f.; für den Kausalitätsbeweis: *Musielak* (Fn. 1), S. 110 ff.; *ders.* (Fn. 16), S. 470 f.; *ders.*, ZZP 99 (1986), 217 (222); *Wiese*, ZRP 1998, 27 ff.; *Brüggemeier* (Fn. 5), S. 233; differenzierend *Nell* (Fn. 1), S. 210 ff., der den für das Beweismaß jeweils maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad aufgrund einer Interessenabwägung bestimmen will; für mehrere abgestufte Regelbeweismaße *Bender* (Fn. 1), S. 257 f.

⁵⁸ Bereits dann soll dem Richter (i. S. der objektiven oder objektivierenden Beweismaßtheorie) ein Rückzug auf die persönliche Gewißheit verwehrt sein.

(1) Das schwedische »Överviktsprinzip«

Besonderes Interesse galt dem schwedischen »Överviktsprinzip«⁵⁹, dem vereinzelt eine Vorbildfunktion zugedacht wurde. Dabei findet sich im schwedischen Recht keine allgemein geltende Vorschrift, die bestimmt, welcher Grad an Wahrscheinlichkeit vorliegen muß, damit eine Tatsache als prozessual festgestellt anzusehen ist. Vielmehr hat der schwedische Gesetzgeber für eine Vielzahl von Sachverhalten das Maß des zu erbringenden Beweises durch Begriffe wie »gewiß«, »offenbar«, »vermutlich« und ähnliche Ausdrücke, welche unterschiedliche Wahrscheinlichkeitswerte bezeichnen, festgelegt⁶⁰. In den Fällen, in denen eine solche Regelung fehlt, sollen sich die Beweisforderungen nach der Schwere der Folgen eines Fehlurteils richten⁶¹. Wiegen die Folgen eines Fehlurteils nach der einen Seite schwerer (im Strafprozeß etwa die Verurteilung eines Unschuldigen) als nach der anderen (unzutreffender Freispruch), so wird darin ein rechtfertigender Grund gesehen, durch höhere Wahrscheinlichkeitsanforderungen die Entscheidung in Richtung einer bestimmten Sachverhaltsgestaltung zu begünstigen, um den folgenschweren Fehler möglichst zu vermeiden⁶². Lassen sich jedoch solche Gründe nicht feststellen, dann soll nach Ansicht der schwedischen Prozessrechtswissenschaft das »Överviktsprinzip« angewendet werden, das bewirkt, daß bereits bei dem geringsten Wahrscheinlichkeitsübergewicht eine Tatsache als bewiesen gilt⁶³.

59 Dieses wurde durch Arbeiten von *Bolding*, *Aspects of the burden of proof*, Scandinavian Studies in Law IV, 1960, S. 9 ff. und *Ekelöf*, *Free evaluation of evidence*, Scandinavian Studies in Law VIII (1964), S. 45 ff., der internationalen wissenschaftlichen Literatur vorgestellt; deutschsprachige Beiträge von *Bolding*, *Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozeß*, in: v. *Caemmerer*, *Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung* (1966), S. 57 ff.; *Ekelöf*, *ZZP* 75 (1962), 289 ff. Von den deutschen Vertretern des Überwiegensprinzips stützen sich auf die nordische Doktrin *Bruns* (Fn. 27), S. 244 ff.; *ders.*, *ZZP* 91 (1978), 64 ff.; *Musielak* (Fn. 16), S. 451 ff.; *ders.* (Fn. 1), S. 110 ff. Ausführungen zum schwedischen »Överviktsprinzip« auch bei *Greger* (Fn. 1), S. 94 ff.; *Walter* (Fn. 1), S. 142 f.; *Huber* (Fn. 1), S. 22 ff., 31 ff.; *Motsch* (Fn. 1), S. 37 ff.

60 *Bolding* (Fn. 59), S. 19; *Ekelöf*, *ZZP* 75 (1962), 289 (298).

61 *Bolding* (Fn. 59), S. 25; *Musielak* (Fn. 16), S. 471.

62 Vgl. *Musielak* (Fn. 16), S. 471 f. Ganz ähnlich werden von den deutschen Befürwortern eines Überwiegensprinzips Ausnahmen für möglich gehalten, wenn nach der Art der Rechtsfolge eine Entscheidung nach überwiegender Wahrscheinlichkeit ungerecht wäre. So betont *Kegel* (Fn. 27), S. 343, es sei »nicht von vornherein ausgeschlossen, daß schwere Eingriffe den Nachweis einer größeren als nur überwiegenden Wahrscheinlichkeit erfordern«; *Motsch* (Fn. 1), S. 36, 248, begrenzt das Abstellen auf einfache Wahrscheinlichkeit auf die Fälle »symmetrischer Irrtumsfolgen« und spricht an anderen Stellen, etwa auf S. 172, von einer »Differenzierung der Entscheidungsgrenze unter Berücksichtigung der Irrtumsfolgen«.

63 *Bolding* (Fn. 59), S. 19 ff.; *Musielak* (Fn. 16), S. 452 m. w. N.; *Motsch* (Fn. 1), S. 37 ff.; *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2002, Rdnr. 694.

(2) Common law: »Preponderance of probability«

Ein dem schwedischen Überwiegensprinzip im Ergebnis ähnliches Beweismaß gilt auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Während die Tatsachen im Strafprozeß »beyond reasonable doubt« feststehen müssen⁶⁴, wird für den Beweis im Zivilprozeß regelmäßig nur »preponderance of probability« gefordert⁶⁵. Der genaue Inhalt dieses Grundsatzes ist allerdings umstritten. Während die meisten Gerichte annehmen, daß bereits jedes bloße Überwiegen ausreicht⁶⁶, halten es einige für erforderlich, daß die überwiegende Wahrscheinlichkeit auch ein »faïres« oder »angemessenes« Maß erreicht⁶⁷. Ungeachtet dieser Unterschiede von Fall zu Fall liegt das Beweismaß (standard of proof) aber jedenfalls weit unter einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit⁶⁸.

bb) Begründung

(1) Gerechtigkeitserwägungen

Die These vom Überwiegensprinzip als Regelbeweismaß für das deutsche Recht wird in erster Linie mit allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen begründet. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit sei »das Beste, was wir haben können. Zwar wünschen wir größtmögliche Wahrscheinlichkeit (die »Sicherheit, die wir erreichen können). Aber wenn wir sie nicht erreichen können, ist es noch immer gerechter, nach dem Wahrscheinlichen zu urteilen als nach dem Unwahrscheinlichen«⁶⁹. Eine Beweislastentscheidung könne, da sie ein non liquet voraussetzt, bei dem eine Subsumtion unter das vorgegebene materielle Recht nicht möglich ist,

64 *Solan*, 78 Tex. L. Rev. 105 ff. (1999).

65 *Mc Cormick*, *On Evidence*, ⁵2000, §§ 339 ff.; *Phipson*, *On Evidence*, ¹¹2000, No 4-35; *Dobbs*, *The Law of Remedies*, ¹1993, S. 455 ff.; rechtsvgl. *Clermont/Sherwin*, 50 Am. J. Comp. L. 243 ff. (2002); aus dem deutschsprachigen Schrifttum: *Coester-Waltjen* (Fn. 56), Rdnr. 358; v. *Bar* (Fn. 5), Bd. II, Rdnrn. 449 f.; *Habscheid* (Fn. 1), S. 112 ff., 115; *Maassen* (Fn. 1), S. 12, 39 ff., 56 ff.

66 Besonders deutlich die Entscheidung *Wollen v. DePaul Health Center*, 828 S.W. 2d 68 (Mo.1992), in der ausdrücklich zwischen 49,9999 und 50,0001 Prozent unterschieden wird.

67 Vgl. etwa *Sargent v. Massachusetts Accident Co.*, 307 Mass. 246, 29 N.E. 2d 825, 827 (1940); s. auch *Fleming*, *The law of torts*, ³1992, S. 314 f. Zur Geltung eines flexiblen Beweismaßes im englischen Zivilprozeß mit Abstufungen je nach Gegenstand des Rechtsstreits vgl. *Gottwald* (Fn. 3), S. 165 ff.; im US-amerikanischen Zivilprozeß *Clermont/Sherwin*, 50 Am. J. Comp. L. 243 (251) (2002).

68 *Habscheid* (Fn. 1), S. 115; *Schack* (Fn. 63), Rdnr. 695; *ders.*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, ²2003, S. 67; *Nagel/Gottwald*, *Internationales Zivilprozessrecht*, ⁵2002, § 9 Rdnr. 46.

69 *Kegel* (Fn. 27), S. 335; ihm folgend u. a. *Maassen* (Fn. 1), S. 57; *Motsch* (Fn. 1), S. 248; *Brüggemeier* (Fn. 5), S. 234; s. auch bereits *Peters*, MDR 1949, 68.

daher ein Sachverhalt fingiert werden muß, immer nur zufällig richtig sein, könne nur blindlings die Wahrheit treffen⁷⁰. Eine solche Lösung vermöge nicht zu befriedigen und sei tunlichst zu vermeiden⁷¹. Gefordert wird, daß sich der Richter bei der Tatsachenfeststellung im Prozeß nicht nach »verstaubten Büchern« über abstrakte Beweislastregeln richtet, sondern nach der Wahrheit im konkreten Fall weiter sucht. Dies führe zur Maßgeblichkeit der Wahrscheinlichkeitsrechnung⁷². Dabei soll das einfache Übergewicht das geeignete Mittel zur Maximierung der Chancen sein, in Zweifelsfällen zu zutreffenden gerichtlichen Feststellungen zu gelangen und damit die Irrtumsquote möglichst gering zu halten, also Fehlentscheidungen zu vermeiden⁷³.

(2) Verifizierbarkeit der Entscheidung

Als zweites zentrales Argument für das Überwiegensprinzip wird die bessere Nachvollziehbarkeit der Entscheidung angeführt, wenn die Urteilsbegründung auf der *diskursiven Abwägung von Wahrscheinlichkeiten* beruht⁷⁴. Die Fürsprecher erhoffen sich dadurch eine »fruchtbare Kommunikationsbasis«⁷⁵, die mit einem Abstellen auf die richterliche Überzeugung verloren gehe: »Eine Überzeugung kann man kaum einer anderen entgegensetzen, die Überzeugungsbildung schwer angreifen. Über den Grad einer Wahrscheinlichkeit aber könnte man sich verständigen – oder mit Gründen streiten«⁷⁶. Hohe Wahrscheinlichkeit sei nicht zu verlangen, da der genaue Grad dieses Beweismaßes mangels anderweitiger Präzisierungsmöglichkeiten weithin subjektiv-emotional und nach dem Rechtsgefühl bestimmt werde⁷⁷. Die Feststellung überwiegender Wahrscheinlichkeit hingegen lasse sich zuverlässig und genau durch rationale Diskussion und diskursives Denken treffen. Auch würden die Parteien dazu angehalten, ihre Möglichkeiten voll

70 Kegel (Fn. 27), S. 335; Motsch (Fn. 1), S. 248.

71 Musielak, ZZZ 100 (1987), 385 (405 f.); Motsch (Fn. 12), S. 339, bezeichnet es als ein »Uding«, eine Entscheidung nach Maßgabe der objektiven Beweislast statt nach überwiegender Wahrscheinlichkeit zu fällen, »weil auf diese Weise ohne Not und ohne Rechtfertigung die Irrtumsquote über das unvermeidliche Maß hinaus künstlich erhöht wird«; s. auch Grunsky, NJW 1984, 858 f.

72 Lepa, DRiZ 1966, 112.

73 Motsch (Fn. 1), S. 55; Maassen (Fn. 1), S. 5 ff.

74 Bruns, ZZZ 91 (1978), 64 (71, Note 11); ders. (Fn. 27), S. 244; Musielak (Fn. 1), S. 114: »Mögen diese Schätzungen der Wahrscheinlichkeit gegenüber wissenschaftlich fundierten Zahlen mit mathematischer Genauigkeit noch so unzulänglich erscheinen, sie sind einer völlig unkontrollierbaren Ermessensentscheidung auf jeden Fall vorzuziehen«; ders. (Fn. 16), S. 461.

75 Motsch (Fn. 1), S. 36; Huber (Fn. 1), S. 116.

76 Bruns (Fn. 27), S. 245; zust. Musielak (Fn. 1), S. 114.

77 Maassen (Fn. 1), S. 38.

auszuschöpfen, und der Richter müsse Ernst machen mit dem geringsten Für und Wider, eben weil es darauf ankomme. Die weiteren Folgen seien wiederum dem materiellen Anliegen bestmöglicher, erschöpfender Sachverhaltsaufklärung, Maximierung der Chancen zur Wahrheitsfindung und richtiger Entscheidung gutzuschreiben⁷⁸.

(3) Gerichtspraxis

Die Argumentation sieht sich ergänzt und bekräftigt durch den Hinweis, in der Praxis finde die geforderte Herabsetzung des Beweismaßes bereits statt⁷⁹. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte habe längst das Erfordernis des Vollbeweises in einer Vielzahl von Fällen durch die Zubilligung von Beweiserleichterungen aufgegeben und in weiten Bereichen der Haftungsbegründung eine Beweismaßreduktion vorgenommen. Gerade in den neueren BGH-Urteilen, in denen von »Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr« die Rede sei, würden richterliche Tatsachenfeststellungen durch Wahrscheinlichkeitsurteile getroffen, die nicht den Grad der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit als des vorherrschenden Regelbeweismaßes im Sinne des § 286 I ZPO erreichten⁸⁰. Im Grunde beherrsche die überwiegende Wahrscheinlichkeit bereits »unter verschiedenen Tarnnamen« den Schadensersatzprozeß des deutschen Rechts⁸¹. Gefordert wird, das durchaus richtige Vorgehen nicht mehr länger hinter einer verwirrenden Kausalistik angeblicher Beweislastregelungen zu verbergen, sondern aus dieser Entwicklung die Konsequenzen zu ziehen und endlich ein offenes Bekenntnis zur Beweismaßreduzierung abzugeben⁸².

b) Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht

aa) Wortlaut des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO

Die Lehre vom Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, für deren behauptete Geltung in der Praxis bislang ein Beleg nirgends erbracht worden ist⁸³,

78 Vgl. die Zusammenstellung der Argumente bei Kargados (Fn. 1), S. 656 f.

79 Kegel (Fn. 27), S. 328; Maassen (Fn. 1), S. 57; Musielak (Fn. 1), S. 89 ff., 99 ff., 120 ff., 132 ff., 145 ff., 388 f.; Bender (Fn. 1), S. 259 ff., 266 ff.; Brüggemeier (Fn. 5), S. 229 f., 231, 234; Einmahl, NJW 2001, 469 (473).

80 Brüggemeier (Fn. 5), S. 229 f., 231; Huber (Fn. 1), S. 138 ff.; kritisch auch Walter, JZ 1978, 806 (808).

81 Maassen (Fn. 1), S. 66, 68, 77, 85, 90, 104, 109, 112, 114; Einmahl, NJW 2001, 469 (473 ff.) für das Verkehrsunfallrecht.

82 Musielak (Fn. 16), S. 466.

83 Prütting (Fn. 1), S. 78; ebenso Arens, ZZZ 88 (1975), 1 (30 f.); Walter (Fn. 1), S. 183 ff., 188; Baumgärtel (Fn. 1), S. 561.

muß sich nach der *Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht* fragen lassen, bevor die inhaltliche Diskussion eröffnet wird. Hier ergeben sich Bedenken aus dem Wortlaut des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO⁸⁴. In dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber als Regelbeweismaß die volle Überzeugung des Richters von der Wahrheit normiert. Auch wenn wir davon ausgehen, daß objektive Wahrscheinlichkeitserwägungen eine sachgerechte Grundlage und ein Hilfsmittel der Überzeugungsbildung bieten, so läßt die gesetzliche Festlegung des Vollbeweises für den Regelfall doch weder (irgend-) eine Wahrscheinlichkeitsüberzeugung genügen⁸⁵ noch kann die bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichen, um die erforderliche Wahrheitsüberzeugung des Richters zu begründen⁸⁶. Letzteres ist zwar nicht denknotwendig ausgeschlossen⁸⁷. Entscheidungen, die auf einer bloß leicht überwiegender Wahrscheinlichkeit beruhen, müßte es aber notgedrungen an der inneren Überzeugungskraft mangeln⁸⁸. Und jedenfalls eine Verpflichtung des Richters, nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu urteilen, widerspräche wiederum dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung⁸⁹.

bb) Gesetzssystematik

Gewichtigere Bedenken als aus dem Gesetzeswortlaut⁹⁰ ergeben sich gegen eine Geltung des Überwiegensprinzips *de lege lata* aus der *Gesetzssystematik*⁹¹. Die Unterschiede zwischen § 286 ZPO und § 287 ZPO, der die freie Überzeugung ohne Bezug auf die Wahrheit verlangt, sowie § 294 ZPO, wonach bloße Glaubhaftmachung genügt, bedeuten eine grundlegende gesetzgeberische Differenzierung und zeigen deutlich, daß im Regelfall der Richter seine Entscheidung noch nicht auf den Sachverhalt stützen darf, für den eine gewisse Plausibilität oder eine

84 Deutlich *H. Weber* (Fn. 4), S. 139 f.; *Prütting* (Fn. 1), S. 79; *Walter* (Fn. 1), S. 160 ff.; *Stichelbrock* (Fn. 4), S. 360 f.

85 Vgl. unter II. 1. d.

86 Siehe auch *MüKoZPO/Prütting* (Fn. 9), § 286 Rdnr. 40; *Musielak/Foerste* (Fn. 22), § 286 Rdnrn. 17 f.

87 Zur Trennung zwischen Tatsachewahrscheinlichkeit und Überzeugungsgrad vgl. *Gold*, 96 *Yale Law Journal* 376 ff. (1986); *Wiese*, ZRP 1998, 27 (30).

88 *Stein/Jonas/Leipold* (Fn. 22), § 286 Rdnr. 5.

89 Vgl. bereits unter II. 1. b.

90 Als »wenig überzeugend« bezeichnet die Wortlautargumentation *Baumgärtel* (Fn. 1), S. 567; *Blomeyer*, *Zivilprozessrecht*, 1985, S. 11, bedauert ausdrücklich, daß sie »noch nicht völlig verschwunden ist«; zurückhaltend auch *Leipold* (Fn. 14), S. 312; *Musielak*, ZRP 111 (1998), 385 (390 ff.).

91 Vgl. *Walter* (Fn. 1), S. 174 ff.; *Prütting* (Fn. 1), S. 79 ff.; *Stichelbrock* (Fn. 4), S. 360 f.; *Spickhoff*, *Gesetzesverstoß und Haftung*, S. 287; *H. Weber* (Fn. 4), S. 140 f.; kritisch *Musielak*, ZRP 111 (1998), 385 (391).

überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht⁹². Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die große Zahl spezieller gesetzlicher Vorschriften, die Abstufungen vom Regelbeweismaß des § 286 ZPO enthalten⁹³. Viele dieser Einzelvorschriften wären funktionslos und sinnwidrig, sähe das geltende Recht die überwiegende Wahrscheinlichkeit als Regelbeweismaß vor⁹⁴.

c) Lösung *de lege ferenda*?

Mit der Feststellung, daß das Überwiegensprinzip weder mit dem Wortlaut noch mit der Systematik des geltenden Rechts in Einklang steht, ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, ob nicht eine entsprechende Beweismaßreduzierung *de lege ferenda* wünschenswert wäre⁹⁵. Die Gesichtspunkte, die dafür sprechen könnten, sind benannt⁹⁶.

III. Haftungsumfang

1. Probabilistische Proportionalhaftung

Ein konsequentes Zu-Ende-Denken des Überwiegensprinzips müßte freilich dazu führen, daß entsprechend der jeweils ermittelten Wahrscheinlichkeit auch das Prozeßergebnis zu teilen wäre⁹⁷. Der Vorschlag einer solchen *Proportionalhaftung* ist in der Literatur vereinzelt schon früh unterbreitet worden⁹⁸ und findet

92 *MüKoZPO/Prütting* (Fn. 9), § 286 Rdnr. 36.

93 Umfangreiche Nachweise bei *Prütting* (Fn. 1), S. 80 ff.

94 *Prütting* (Fn. 1), S. 79; *ders.*, JA 1985, 313 (316); *MüKoZPO/Prütting* (Fn. 9), § 286 Rdnr. 36; *H. Weber* (Fn. 4), S. 140: »Wenn § 286 I 1 ZPO sowieso und generell im Sinne von »Wahrscheinlichkeit« zu lesen ist, was soll es dann, wenn der Gesetzgeber in einzelnen materiellrechtlichen Normen nicht wie üblich auf das Vorliegen, sondern ausnahmsweise auf das wahrscheinliche Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts abstellt?«; *Leipold* (Fn. 1), S. 8, schließt aus der Existenz der Beweislastnormen, daß das Gesetz nicht vom Überwiegensprinzip ausgeht: »Wäre nach überwiegender Wahrscheinlichkeit zu entscheiden, so würde sich das Anwendungsgebiet der Beweislastregeln ja auf den seltenen Fall beschränken, daß für die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer Tatsache die gleiche Wahrscheinlichkeit spräche«; s. auch *Grunsky*, *Zivilprozessrecht*, 12003, Rdnr. 178 a.

95 Im geltenden Haftungsrecht werden die speziellen Bestimmungen in §§ 6 UmweltHG und § 84 S. 2 AMG bisweilen als gesetzlich angeordnete Beweismaßreduzierung qualifiziert. Vgl. zu § 6 UmweltHG *Esser/Weyers*, *SchuldR II/2*, 2000, § 64 7.e); zu § 84 S. 2 AMG *Wagner*, NJW 2002, 2049 (2051); *ders.*, *VersR* 2001, 1334 (1339).

96 Vgl. unter II. 2. a. bb.

97 Hinweis von *Greger* (Fn. 1), S. 109; *Prütting*, JA 1985, 313 (316); *MüKoZPO/Prütting* (Fn. 9), § 286 Rdnr. 39; *Spickhoff* (Fn. 91), S. 286.

98 Vgl. *Ehrenzweig*, JW 1929, 85; *Wilburg*, *Die Elemente des Schadensrechts*, 1941, S. 72 ff.; in den Folgejahren *Bydliński*, *Probleme der Schadensverursachung nach deut-*

gerade in jüngerer Zeit zunehmend Befürworter⁹⁹. In der Schweiz liegt der Vorentwurf eines Gesetzes mit einer entsprechenden Bestimmung vor¹⁰⁰. Die Konzeption basiert auf einer Abkehr von dem herrschenden deterministischen und Hinwendung zu einem *probabilistischen Kausalitätsverständnis*¹⁰¹. Denn während das herkömmliche Postulat vollen Schadensausgleichs daraus folgt, daß auch der Haftungsumfang an der Formel von der *conditio sine qua non* ausgerichtet wird¹⁰², kann sich das Anknüpfen an Wahrscheinlichkeitswerte im Rahmen der Haftungsbegründung auf der Rechtsfolgenseite einer Haftungsnorm entsprechend auswirken¹⁰³.

Eine Proportionalhaftung gilt einigen als fair und effizient, indem man den wahrscheinlichen Schädiger möglichst genau mit dem von ihm gesetzten erhöhten Risiko (»attributable risk«) belaste¹⁰⁴. Zusätzlich gestützt wird der Standpunkt auf Ergebnisse der ökonomischen Analyse des Rechts: Die Alles-oder-Nichts-Methode des deutschen Haftpflichtrechts führe zu »unteroptimaler Vorsorge«, wenn hinsichtlich der Kausalität ein – vom Geschädigten kaum zu erbringender – Vollbeweis gefordert werde¹⁰⁵. Kehre man die Beweislast um, könne dies eine Übermaßhaftung bedingen und ebenfalls die falschen Anreize setzen¹⁰⁶. Bei der Proportionalhaftung hingegen werde der Schadensstifter für nicht mehr und nicht

schem und österreichischem Recht, 1964, S. 78 ff.; Rödiger, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, S. 160 f.; Maassen (Fn. 1), S. 165 ff.; auch Motsch (Fn. 1), S. 73; Bender (Fn. 1), S. 269.

99 Dafür Brüggemeier (Fn. 5), S. 235 f.; Schäfer/Ott (Fn. 55), 7. Kap., 5.1.–5.4., auch 9. Kap., 2.3.; Hirte (Fn. 57), S. 475 ff.; Wiese, ZRP 1998, 27 ff.; Thüsing, ZRP 2001, 126 (129).

100 Art. 56 d Abs. 2 des Vorentwurfs eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vom 9. Okt. 2000 lautet: »Kann der Beweis (Anm.: des Schadens und jener des Ursachenzusammenhangs) nicht mit Sicherheit erbracht oder kann der Person, der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden, so kann sich das Gericht mit einer einleuchtenden Wahrscheinlichkeit begnügen; ferner kann es die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen.« Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens vgl. unter www.ofj.admin.ch

101 Dazu Fleming, 68 Canadian Bar Review 661 ff. (1989); Elliott, in: Fenyves/Weyers, Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, 1988, S. 9, 10 f. und 26 f.; Quentz, Kausalität und deliktische Haftungsbegründung, 1994, S. 141 ff.; Mummenhoff (Fn. 4), S. 2, 7 f., 14, 16 ff.

102 Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, S. 35; Schäfer/Ott (Fn. 55), 7. Kap., 5.1.

103 Wiese, ZRP 1998, 27 (28).

104 Grdl. King, 90 Yale L. J. 1353 ff. (1981); Landes/Posner, 12 J. Legal Stud. 109 ff. (1983); Adams, ZRP 99 (1986), 129 (153 ff.); Schäfer/Ott (Fn. 55), 7. Kap., 5.4.2.; Brüggemeier (Fn. 5), S. 236.

105 Shavell, 28 J. of Law and Economics 587 ff. (1985); Schäfer/Ott (Fn. 55), 7. Kap., 5.4.1.; auch G.Hager, JZ 2002, 901 (908) (im umwelthaftungsrechtlichen Kontext).

106 Schäfer/Ott (Fn. 55), 5. Kap., 10.

weniger in Anspruch genommen, als es seinem Verhalten entspreche. Damit lasse sich der optimale Vorsorgeaufwand bei den potentiellen Schadensverursachern sicherstellen, was sich wohlfahrtssteigernd auswirke¹⁰⁷.

Proportionalhaftung ist freilich nicht nur bei überwiegender, sondern entsprechend jeder Wahrscheinlichkeit der Schadensverursachung möglich, wofür ausländische Rechtsordnungen bereits Anschauungsmaterial bieten. Ein bekanntes Beispiel stellt die »market share liability« dar. Erstmals im Jahre 1980 verurteilte der *Supreme Court of California* mehrere Hersteller eines identischen Arzneimittels trotz individuell ungeklärter Kausalität und trotz bestehender Möglichkeit der Verursachung durch einen anderen Hersteller zum Ersatz des entstandenen Schadens entsprechend ihres (signifikanten) Marktanteils¹⁰⁸. Ein anderes – systematisch nicht leicht einzuordnendes – Beispiel bildet die Rechtsprechung zum Ersatz verlorener Chancen, bei der kausalität- und schadensrechtliche Fragen ineinander übergehen¹⁰⁹.

2. Ersatzfähigkeit verlorener Chancen

a) »Lost chances«-Lehre

Im anglo-amerikanischen Rechtsraum gelangt in verschiedenen Fallgruppen, so bei fehlerhaften Ausschreibungen, fehlerhaften ärztlichen Behandlungen oder fehlerhaften anwaltlichen Beratungen die »Lost chances«-Lehre zur Anwendung¹¹⁰. Diese spielt keine Rolle in all denjenigen Fällen, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Schadensverursachung spricht, denn nach dem

107 Makdisi, 67 North Carolina L. Rev. 1063 ff. (1989); Shavell, 28 J. of Law and Economics 587, 590 ff. (1985); Wiese, ZRP 1998, 27 (30); Thüsing, ZRP 2001, 126 (129); Schäfer/Ott (Fn. 55), 7. Kap., 5.4.2.

108 *Sindell v Abbott Laboratories et al.* Cal. 3 d 588, 607 P. 2 d 924 (1980), dazu Fleming, *The American Tort Process*, 1988, S. 258 ff.; Bodewig, AcP 185 (1985), 505 ff.; Gottwald, KF 1986, 3 (24 ff.); K.Otte, Marktanteilshaftung, 1990, S. 18 ff. – Der niederländische Hoge Raad (H.R., 9. 10. 1992, Ned.Jur. 1994, Nr. 535) hat demgegenüber in einem ähnlichen Fall die Hersteller sogar zur gesamtschuldnerischen Haftung verurteilt, dazu Zätsch, ZVglRWiss 93 (1993), 177 ff.

109 Differenziert dazu Fleischer, JZ 1999, 766 ff. (772, 775), der verdeutlicht, daß die in den angelsächsischen und romanischen Systemen beheimatete, im folgenden kurz vorzustellende Lehre von den verlorenen Chancen keine homogene Rechtsfigur bildet, daß sich hinter ihrer einheitlichen Bezeichnung vielmehr »*variae figurae causarum* mit unterschiedlicher Überzeugungskraft« verbergen; s. auch Jansen, 19 Oxford Journal of Legal Studies 271 ff. (1999); Großerichter, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung vor dem Hintergrund der *perte d'une chance*, 2001; Wurmnest (Fn. 5), S. 197 f., 200 ff., 205 ff., 213 ff., 226.

110 Vgl. zum US-amerikan. Recht etwa King, 90 Yale L. J. 1353, 1356 ff., 1359 f. (1981); Aagard, 96 Mich.L.Rev. 1335 ff. (1998); Dobbs (Fn. 65), S. 236 ff.; zum englischen Recht: Reece, 59 Md. L. Rev. 188 ff. (1996); Stauch, 17 Oxford J. Leg. Stud. 206 ff. (1997); Cane, Tort Law and Economic Interests, 1996, S. 137 ff.

geltenden Beweismaß »preponderance of probability« wird damit der Beweis als geführt angesehen¹¹¹ und voller Schadensersatz zugesprochen¹¹². Gemäß der »Lost chances«-Lehre werden vielmehr Fälle entschädigt, in denen zwar keine überwiegend wahrscheinliche, jedoch immerhin eine greifbare Gewinn-, Heilungs- oder Prozeßchance bestand und diese vereitelt wurde. Hier erhält der Betroffene keinen vollen, aber proportional zur Wahrscheinlichkeit der vereitelten Chance einen anteiligen Ersatz.

b) Die »Perte d'une chance«

Auch in Frankreich spricht die Cour de cassation Anspruchstellern seit geraumer Zeit einen Teilbetrag entsprechend ihrer Erwerbs-, Heilungs- oder Prozeßchancen zu. Erscheint es als wahrscheinlich, daß eine günstige Aussicht sich verwirklicht hätte, wenn das Haftpflichtereignis nicht eingetreten wäre, so wird dies von den Gerichten berücksichtigt. Die »perte d'une chance« stellt nach vorherrschendem Verständnis eine eigene Schadensart dar, wobei die Größe des Schadens von der Wahrscheinlichkeit abhängt, daß ohne das Fehlverhalten das eingetretene negative Resultat ausgeblieben wäre¹¹³. Im Kern handelt es sich jedoch um ein Problem des – nicht eindeutig feststellbaren und angesichts eines dem deutschen Recht vergleichbar hohen Beweismaßes schwer zu beweisenden – Kausalzusammenhangs¹¹⁴. Diesen Beweisschwierigkeiten sucht man durch eine Auflockerung des materiellen Rechts zu begegnen¹¹⁵. Mit dem Mittel einer teilweisen Entschädigung, einer »indemnisation partielle«, hat die französische Rechtsprechung »Kausalitätskategorien verdünnt, den Begriff des Schadens aufgewertet und dieser Problemverschiebung im Rahmen der Schadensbemessung gegengesteuert«¹¹⁶. Die »perte d'une chance« ist heute allgemein anerkannt¹¹⁷, dies durchaus in dem Be-

111 Zum Beweismaß im amerikanischen Zivilprozeß vgl. unter II. 2. a. aa. (2).
 112 Kritisch Schäfer/Ott (Fn. 55), 7. Kap., 5.4.1., mit dem Hinweis, »daß auch die in der Rechtsprechung der USA verwendete Alles-oder-Nichts-Methode, bei der eine überwiegende Kausalitätswahrscheinlichkeit bereits zur vollen Haftung führt, falsche Anreize setzt«, und dem Schluß, »Überlegungen, diese Methode auf das deutsche Rechtssystem zu übertragen, sollte daher mit Skepsis begegnet werden.«
 113 Chartier, La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, 1983, S. 39 ff.; Chabas, in: Guillod, Développements récents du droit de la responsabilité civile, 1991, S. 131 ff.; monographisch Bénabent, La chance et le droit, 1973.
 114 Viney, La responsabilité: conditions, 1988, n° 370; Stark, in: Guillod (Fn. 113), S. 101 (106); Gotthardt, in: v. Bar, Deliktsrecht in Europa, Landesbericht Frankreich, 1993, S. 64; Wurmnest (Fn. 5), S. 206.
 115 Fleischer, JZ 1999, 766 (773).
 116 v. Bar (Fn. 5), Bd. II, § 4 Rdnr. 444.
 117 Vgl. Ghestin-Viney/Jourdain, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, Tome IV, 1998, Rdnr. 248.

wußtsein, daß es sich bei der Rechtsfigur um »das vielleicht dramatischste Beispiel für eine Verschiebung von ehemals kausalitätsrechtlich zu neuerdings schadensrechtlich »verorteten« Fragen« handelt¹¹⁸.

c) Gemeinschaftsrecht

Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte erkennt die Ersatzfähigkeit verlorener Chancen zwar dem Grunde nach an¹¹⁹, ist bei der Gewährung von Schadensersatz insgesamt aber doch sehr zurückhaltend. Ersatz wird bislang bei entgangenen (Beamten-)Beförderungschancen zugesprochen, wobei die Voraussetzungen im einzelnen und die Berechnung noch wenig geklärt sind¹²⁰.

IV. Stellungnahme

1. Ersatz verlorener Chancen

In Deutschland ist die Ersatzfähigkeit verlorener Chancen von den Gerichten gar nicht in Betracht gezogen¹²¹ und in der Literatur bis vor wenigen Jahren kaum thematisiert worden¹²². Erst in jüngerer Zeit befassen sich einige Abhandlungen eingehender mit dem Thema¹²³. Eine Übertragbarkeit der amerikanischen »Lost chances«-Lehre oder der französischen »perte d'une chance«-Doktrin auf das deutsche Recht wird von der herrschenden Meinung mit guten Gründen verneint¹²⁴. Schadensersatz für den Verlust von Heilungschancen wäre im deutschen

118 v. Bar (Fn. 5), Bd. II, § 4 Rdnr. 444.
 119 Vgl. EuG, 21. 3. 1996, Rs. T-230 / 94 (Farrugia./Kommission), Slg. 1996-II, S. 195 ff.; EuG, 29. 10. 1998, Rs. T-13 / 96 (TEAM./Kommission), Slg. 1998 II, S. 4073, 4101.
 120 Vgl. Wurmnest (Fn. 5), S. 213 ff., 223, 226.
 121 Kurzerhand verneinend BGH, NJW 1983, 442. Hingegen in der Schweiz bejahend OG Zürich, SJZ 85 (1989), 119 (zu diesem bislang alleinstehenden, vom Bundesgericht weder bestätigten, noch aufgehobenen Judikat Honsell, ZSR 109 (1990), I 135 (144)); in Österreich OGH, JBl. 1996, 181 (dazu krit. Lukas, JBl. 1997, 395); davor schwankend OGH, JBl. 1994, 540 (m. Anm. Bollenberger); JBl. 1990, 524 (m. Anm. Holzer); JBl. 1986, 576 (m. Anm. Deutsch).
 122 Frühe Andeutungen bei Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, 1967, S. 150, 209; eigenwillig Kabrs, Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht, 1969, S. 4 ff., 62 ff. (dazu die Rezension von Bernert, AcP 173 (1973), 460 ff.); wenig beachtet Müller-Stoy, Schadensersatz für verlorene Chancen, 1973.
 123 Fleischer, JZ 1999, 766 (771 ff.); Kasche, Verlust von Heilungschancen, 1999; Großrichter (Fn. 109); aus schweizer Sicht C. Müller, La perte d'une chance, 2002.
 124 So im Erg. etwa Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 131; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 2003, § 6 X. 5.; Palandt-Heinrichs, BGB, 76. 2003, § 252 Rdnr. 5; Soergel-Mertens, BGB, 75. 1990, § 252 Rdnr. 15; Staudinger-Schiemann, BGB, 75. 1998, § 252 Rdnr. 20; Honsell, in: Festschr. f. Schlechtriem, 2003, S. 743 (761).

Recht systemwidrig¹²⁵. Rechtsordnungen mit einer deliktsrechtlichen Generalklausel wie das französische Recht (Art. 1382, 1383 Cc), wonach die schuldhaft Verursachung eines Schadens zum Ersatz verpflichtet, sind eher geneigt, bereits die Zerstörung einer Chance als eine haftungsbegründende Schädigung zu bewerten. Für das deutsche Deliktsrecht mit seinen gegliederten Einzelatbeständen ist es dagegen nicht angängig, bloße Chancen zu einem selbständigen Rechtsgut aufzuwerten¹²⁶. Bezüglich *Gewinnchancen* entfaltet § 252 Satz 2 BGB Sperrwirkung. Die Vorschrift erklärt für ersatzfähig (nur) den entgangenen Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge »mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte«. Bloße Gewinn- oder Erwerbsaussichten unterhalb der Wahrscheinlichkeitsschwelle sind danach ausgeschlossen¹²⁷.

2. Probabilistische Proportionalhaftung

Nicht nur die schadensrechtliche Honorierung verlorener Chancen, auch eine Schadensteilung entsprechend der Verursachungswahrscheinlichkeit begegnet unter der Geltung des Alles-oder-Nichts-Prinzips, welches eine flexible Zusprennung von anteiligen Ersatzbeträgen nicht vorsieht, durchgreifenden Bedenken.

a) Begründungsdefizite

Der Risikoverteilungsgedanke führt dazu, daß nicht – wie vom Haftpflichtrecht vorgesehen – Schäden ersetzt werden, sondern daß statt dessen bereits eine *bloße Gefahrerhöhung* sanktioniert würde¹²⁸. Dies läßt sich im geltenden Recht dogmatisch schwer verankern¹²⁹, nur vereinzelt unternehmen die Befürworter einer Proportionalhaftung Begründungsversuche¹³⁰.

125 Abl. *Stoll*, in: Festschr. f. Steffen, 1995, S. 465 (475); *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 2002, § 97 Rdnr. 15; *Priütting*, in: Festschr. 150 Jahre LG Saarbrücken, 1985, S. 257 (274); *ders.*, KF 1989, 46; MüKo/Mertens, BGB, 1997, § 823 Rdnr. 74; a. A. *Kasche* (Fn. 123), S. 249 ff., 261 ff., 269 f.

126 So *Stoll* (Fn. 125), S. 475; *ders.*, AcP 176 (1976), 145 (158); s. insoweit auch *Fleischer*, JZ 1999, 766 (773), gegen eine Binnendifferenzierung nach dem Haftungsgrund Vertrag oder Delikt auf S. 771. Zu einer künftig stärker vertragsrechtlich ausgestalteten, jedoch weiterhin rechtsgutszentrierten Arzthaftung vgl. *Katzenmeier*, JZ 2002, 1029 (1032) und näher *ders.*, VersR 2002, 1066 ff.

127 Kritisch gegenüber der Sperrwirkung des § 252 BGB *Fleischer*, JZ 1999, 766 (768 f.).

128 *Hanau* (Fn. 124), S. 127 ff.; *Stoll*, AcP 176 (1976), 145 (157 f.).

129 Ausdr. abl., da mit dem materiellen Recht nicht vereinbar, *Baumgärtel* (Fn. 1), S. 554; *Greger* (Fn. 1), S. 109 ff.; *Spickhoff* (Fn. 91), S. 286 f.; auch *Kegel* (Fn. 27), S. 321 ff., stellt als Befürworter einer Beweismaßreduzierung fest, eine Ergebnisteilung nach Wahrscheinlichkeit könne »für das geltende Recht nicht aufgestellt werden« (S. 338), dieser Gedanke sei »dem geltenden Recht grundsätzlich fremd« (S. 344); *Fleischer*, JZ 1999, 766 (772): »Rechtsphilosophisch wirft ein zivilrechtlicher Ableger der strafrechtlichen Risikoerhöhunglehre die Frage auf, ob die Idee der ausgleichenden Gerechtig-

Am weitesten gediehen ist der von *Franz Bydliński* auch für das deutsche Recht unterbreitete Vorschlag einer Schadensteilung bei »alternativer Kausalität«, gestützt auf eine analoge Anwendung der §§ 830 I 2, 254 BGB¹³¹. Das in § 830 I 2 BGB normierte Haftungsprinzip soll über den ausdrücklich geregelten Anwendungsbereich hinaus Geltung beanspruchen, also nicht nur für den Fall der Konkurrenz mehrerer möglicherweise haftungsbegründender Ereignisse, sondern auch für den Fall, daß ein schuldhaftes Verhalten als mögliche Schadensursache mit einem zufälligen Ereignis zusammentrifft. Analog § 254 BGB soll der mit dem Zufall konkurrierende Schädiger allerdings nur mit dem Schadensteil belastet werden, der seiner Verursachungswahrscheinlichkeit entspricht.

Die Lehre *Bydliński*s überzeugt nicht. Wiederholt wurde ihr entgegengehalten, daß es sich bei § 830 I 2 BGB um eine Ausnahmevorschrift handelt, bei der sich – wie bei allen Sonderregeln – eine Verallgemeinerung grundsätzlich verbiete¹³². Entscheidend gegen eine Heranziehung und analoge Anwendung der Norm in Konstellationen, in denen der Zufall mit einem Haftungsgrund konkurriert, spricht indessen, daß hier der Rechtsgedanke der Vorschrift nicht paßt. Denn Voraussetzung für eine Anwendung des § 830 I 2 BGB ist, daß dem Geschädigten in jedem Fall ein Ersatzanspruch zusteht¹³³. Es muß sicher sein, daß der Schaden nicht auf anderen Ursachen beruht. § 830 I 2 BGB ist demnach unanwendbar, wenn der Schaden auch durch das Verhalten anderer als der in Anspruch genommenen Personen oder durch ein Naturereignis verursacht worden sein kann¹³⁴ oder wenn der Verletzte selbst als Verursacher in Betracht kommt¹³⁵. Dem Zweck

keit, die den tieferen Prinzipienstufen des Deliktsrechts zugrunde liegt, nicht einen erwiesenen Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schadenseintritt fordert«.

130 Vgl. den von *Stoll* (Fn. 125), S. 477 f. geäußerten Gedanken einer »Vorteilsausgleichung wegen möglicher Freistellung von einem Lebensrisiko«.

131 *Bydliński* (Fn. 98), S. 81 ff., 89, 96; *ders.*, in: Festschr. f. Beitzke, 1979, S. 3 (31 f.); *ders.*, in: Festschr. f. Frotz, 1993, S. 3 (5 f.); vorsichtig in diese Richtung auch *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, 1994, § 82 II.3.c.

132 *Hanau* (Fn. 124), S. 129; *Fleischer*, JZ 1999, 766 (772). Einen allgemeinen Grundsatz, daß Ausnahmevorschriften eng auszulegen und nicht analogiefähig sind, gibt es so jedoch nicht, vgl. zu den für die Anwendung von Ausnahmevorschriften geltenden methodischen Grundsätzen *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 1997, S. 130 f., 194.

133 BGHZ 55, 86 (94); 60, 177 (181); *Staudinger-Belling/Eberl-Borges*, BGB, 1997, § 830 Rdnr. 82; MüKo/Stein, BGB, 1997, § 830 Rdnr. 23; RGRK/Steffen, 1989, § 830 Rdnr. 18; s. auch *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 326 f.

134 BGH, NJW 1986, 52; *Erman-Schiemann*, 2000, § 830 Rdnr. 7; MüKo/Stein (Fn. 133), § 830 Rdnr. 24; *Staudinger-Belling/Eberl-Borges* (Fn. 133), § 830 Rdnr. 82; RGRK/Steffen (Fn. 133), § 830 Rdnr. 18.

135 BGHZ 60, 177 (181 f.); 67, 14 (20); BGH, NJW 1973, 1283; *Esser/Weyers* (Fn. 95), § 60 I.1.c.; *Erman-Schiemann* (Fn. 134), § 830 Rdnr. 7; MüKo/Stein (Fn. 133), § 830

der Vorschrift entspricht es nicht, einem Geschädigten in Fällen nur möglicher Berechtigung einen Ersatzanspruch zu verschaffen¹³⁶.

b) *Rechtsökonomie*

Nicht nur fehlt es an einer dogmatisch überzeugenden Begründung, auch die rechtsökonomische Argumentation ist zweifelhaft. Selbst wenn eine pro-rata-Haftung entsprechend der Verursachungswahrscheinlichkeit auf der Schädigerseite die richtigen Anreize setzt, indem der erwartete Schadensersatz nicht vom erwarteten Schaden abweicht, werden die Anreizprobleme auf Seiten des Geschädigten verschärft. Auch Befürworter der Proportionalhaftung erkennen, daß das Problem des *rationalen Desinteresses des Geschädigten*, der danach nur noch einen Teil seines Schadens als Ersatz erwarten kann, vergrößert wird und gestehen ein, daß diese Beobachtung die apodiktische Behauptung, wonach die Wahrscheinlichkeitshaftung bei unsicherer Kausalität unter Effizienzgesichtspunkten besser sein soll als jedes andere Kausalitätskonzept, relativiert¹³⁷.

c) *Vorzüge des Alles-oder-Nichts-Prinzips*

Schließlich läßt sich beanstanden, daß eine Proportionalhaftung die *Ausgleichsfunktion* des Schadensersatzes zu beeinträchtigen droht¹³⁸ und daß niemandem mit derartigen Teilbeträgen gedient ist¹³⁹. Der Grundsatz der Totalreparation bedeutet eine wesentliche Entscheidung des BGB-Gesetzgebers, das kritisierte Alles-oder-Nichts-Prinzip stellt das Ergebnis ganz bewußt betriebener Reform- und Vereinheitlichungsbestrebungen der Kodifikation dar¹⁴⁰. Wenn gerade in jüngerer

Rdnr. 24; *Staudinger-Belling/Eberl-Borges* (Fn. 133), § 830 Rdnr. 83; *RGRK/Steffen* (Fn. 133), § 830 Rdnr. 19; *Palandt/Thomas* (Fn. 124), § 830 Rdnr. 12. Die Gegenmeinung bejaht in dieser Konstellation eine nach § 254 BGB geminderte Haftung, vgl. OLG Celle, NJW 1950, 951 f.; *Heinze*, VersR 1973, 1081 (1086); *Deutsch*, Allg. Haftungsrecht, 1996, Rdnrn. 526 f.; *Weckerle*, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, 1974, S. 143, 146 ff.

136 MüKo/Stein (Fn. 133), § 830 Rdnr. 24; *Staudinger-Belling/Eberl-Borges* (Fn. 133), § 830 Rdnr. 83.

137 Vgl. *Schäfer/Ott* (Fn. 55), 9. Kap., 2.3. (im umwelthaftungsrechtlichen Kontext); *Wagner*, VersR 1999, 1141 (1447); *Medicus*, JZ 1986, 778 ff. (beide grds. abl.).

138 So die Befürchtung von *Hanau* (Fn. 124), S. 131 f.; allgemeiner auch *Stoll*, RabelsZ 34 (1970), 481 (491); *Hohloch*, Allg. Schadensrecht, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, S. 375 (385 f., 454 ff.).

139 *Schäfer/Ott* (Fn. 55), 7. Kap., 5.4., halten entgegen, dieses Problem könne durch Versicherungen ohnehin besser gelöst werden.

140 In erster Linie richtete sich diese Grundsatzentscheidung gegen Bestrebungen, die Höhe des Ersatzbetrages vom Verschuldensgrad abhängig zu machen. Man wollte moralisierende und pönalisierende Gesichtspunkte aus dem Schadensrecht verbannen. Darüber hinaus sollte auch die Stellung des Richters, der im Falle eines abgestuften Aus-

Zeit als Vorzug des Proportionalprinzips die ausgewogene Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen gepriesen wird, dann ist dem entgegenzuhalten, daß der Handelnde ein legitimes Interesse daran hat, von der Haftung frei zu sein, wenn er einen Schaden nur möglicherweise und nicht mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit verursacht hat, andererseits im Falle eines bewiesenen schädigenden Ereignisses die Interessen des Geschädigten an möglichst vollständiger Eliminierung der Schadensfolge legitim und schützenswert sind¹⁴¹. Da eine absolute Sicherheit durch den Beweis im Prozeß nur selten erzielt werden kann, regelmäßig doch zumindest gewisse theoretische Zweifel verbleiben, wäre es nach der Konzeption der Proportionalhaftung kaum noch möglich, einer Klage vollumfänglich stattzugeben. Auch bei sehr hoher Wahrscheinlichkeit müßte der Kläger immer noch einen gewissen »Selbstbehalt« tragen. Damit aber bestünde die Gefahr, daß an die Stelle einer rechtsklaren Lösung eine prozessual zu größeren Erschwernissen führende Praxis tritt¹⁴².

3. *Beweismaßreduzierung*

Wenden wir den Blick von den Rechtsfolgen wieder auf die eigentliche Beweismaßfrage. Auch (oder gerade) wenn wegen der erhobenen Einwände von einer Teilung des Prozeßergebnisses abgesehen wird, läßt sich eine Beweismaßreduzierung nicht befürworten¹⁴³.

a) *Praktikabilitätsbedenken*

Der Vorschlag einer Wahrscheinlichkeitshaftung begegnet zunächst schon gewichtigen Praktikabilitätsbedenken. In aller Regel können Wahrscheinlichkeiten beim forensischen Beweis nur in groben Werten angegeben, nicht aber mit mathematischer Genauigkeit ermittelt werden¹⁴⁴. Zumeist fehlt es bereits an gesi-

gleichsanspruchs bei seiner Entscheidung über einen relativ großen Entscheidungsspielraum verfügt hätte, nicht zu stark ausgeweitet werden, vgl. *Mot. II* 17 f.

141 *Hohloch* (Fn. 138), S. 457, gegen eine Belegung schuldformabhängiger Differenzierungen: »Der Schädiger, der kraft eines vom Gesetz statuierten Haftungsgrundes die Verletzung der Rechts- und Interessensphäre des Geschädigten zu verantworten hat, muß dieses Interesse an totaler Reparation hinnehmen.«

142 *Greger* (Fn. 1), S. 110; *Prütting*, KF 1989, 46; *Welser*, ZfRVgl 1986, 38 (41 f.); *Wagner*, VersR 1999, 1441 (1447).

143 Die beiden Fragen nach dem Beweismaß und dem Umfang der Einstandspflicht sind nicht unmittelbar miteinander verknüpft. Eine Verurteilung des Beklagten zum Ersatz des gesamten Schadens erscheint aber dann unangemessen, wenn man den Beweis bereits bei einer Verursachungswahrscheinlichkeit von nur etwas mehr denn 50% als geführt ansieht.

144 Der Versuch einer Mathematisierung der Beweisergebnisse, wie die Feststellung der Glaubwürdigkeit sich widersprechender Zeugenaussagen mit Hilfe mathematischer Wahrscheinlichkeitsformeln von *R. Schreiber*, Theorie des Beweiswertes für Beweis-

cherten Grundlagen für die Feststellung des Beweiswertes einzelner Beweismittel¹⁴⁵. Die Probleme vergrößern sich noch bei der Berechnung des Gesamtbeweiswertes mehrerer Beweismittel, wenn also im Rahmen der Beweiswürdigung Wahrscheinlichkeitsaussagen zusammengefaßt oder gegeneinander gewichtet werden müssen¹⁴⁶. Geradezu gefährlich ist der Versuch, eine bessere Vergleichbarkeit von Beweisen und Gegenbeweisen dadurch zu erreichen, daß selbst reine Schätzgrößen der Wahrscheinlichkeit in Prozentzahlen angegeben und Gesamtwahrscheinlichkeiten mit den Methoden mathematischer Wahrscheinlichkeitsrechnung ermittelt werden. Solches Vorgehen täuscht eine Scheingenauigkeit vor und kann dazu führen, daß der Richter die Unsicherheit der Grundannahmen, auf die seine Rechnung aufbaut, nicht genügend berücksichtigt¹⁴⁷. Vor diesem Hintergrund verliert die These von der »fruchtbaren Kommunikationsbasis« und der besseren Nachvollziehbarkeit der Entscheidung, wenn die Urteilsbegründung auf der diskursiven Abwägung von Wahrscheinlichkeiten beruht¹⁴⁸, jedes Gewicht¹⁴⁹. Tatsächlich führt das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu einer großen Unsicherheit in der richterlichen Sachverhaltsfeststellung und damit der Richtigkeit der Entscheidungsfindung¹⁵⁰. Bereits der kleine Sprung etwa von 49,9 % auf 50,1 % Wahrscheinlichkeit hätte die weitreichendsten Konsequenzen¹⁵¹. Dies mindert die Berechenbarkeit des Rechts und ist damit der *Rechtssicherheit* abträglich¹⁵².

mittel im Zivilprozeß, 1968, hat sich als untauglich erwiesen, weil die Grundannahmen, auf denen die mathematische Berechnung beruht, unsicher bleiben, vgl. die Kritik bei *Arens*, ZZZ 88 (1975), 1 (32); *Greger* (Fn. 1), S. 53; *Huber* (Fn. 1), S. 108 f.; *Walter* (Fn. 1), S. 175 ff.; *H. Weber* (Fn. 4), S. 141 ff. m. w. N.

- 145 *H. Weber* (Fn. 4), S. 141 ff.; *Prütting* (Fn. 1), S. 78; *Greger* (Fn. 1), S. 102 f.; auch *Musielak* (Fn. 16), S. 468; abw. *Hirte* (Fn. 57), S. 477: Für bestimmte Sachverhalte (insbes. die Arzthaftung) sei die Wahrscheinlichkeit, mit der ein Schaden auf eine Pflichtverletzung zurückzuführen ist, empirisch zu ermitteln.
- 146 *Walter* (Fn. 1), S. 178 f.; *Prütting* (Fn. 1), S. 78; *Baumgärtel* (Fn. 1), S. 565 f.
- 147 So *Musielak* (Fn. 16), S. 468, kritisch zu *Maassen* (Fn. 1), S. 5 ff.; *Ekelöf* (Fn. 59), S. 61, Note 4; *ders.*, ZZZ 75 (1962), 289 (294); s. auch *Greger* (Fn. 1), S. 102; *H. Weber* (Fn. 4), S. 146 f.
- 148 Nachweise zu diesem Standpunkt unter II. 2. a. bb. (2).
- 149 So zu Recht *Prütting* (Fn. 1), S. 78; s. auch *ders.*, JA 1985, 313 (316); *Walter* (Fn. 1), S. 187 f.; *Greger* (Fn. 1), S. 102 f.
- 150 *Schilken* (Fn. 22), Rdnr. 489; *Schwab* (Fn. 1), S. 454; *Schack* (Fn. 63), Rdnr. 697; s. auch *Fikentscher*, Schuldrecht, 1997, Rdnr. 484: Bloße Wahrscheinlichkeitsurteile müssen wegen der Gefahr von Fehlschätzungen Sonderfälle bleiben.
- 151 *Arens*, ZZZ 88 (1975), 1 (32), fügt hinzu: »Im Grunde würde dann schon der Verdacht einer unerlaubten Handlung die Gefahr der Verurteilung zum Schadensersatz mit sich bringen, weil vom Verdacht zu 51 % Wahrscheinlichkeit kein weiter Weg ist«; zust. *Kargados* (Fn. 1), S. 666.
- 152 Siehe auch *Mühl*, in: Festschr. f. Lange, 1992, S. 583 (597); *Musielak/Foerste* (Fn. 22), § 286 Rdnr. 18.

b) Eigener Gerechtigkeitswert von Beweislastentscheidungen

Die Ungewißheit jeder Wahrscheinlichkeitsschätzung, die Unmöglichkeit der Festlegung des Beweiswertes einzelner und erst recht des Gesamtbeweiswertes mehrerer Beweismittel, erlauben es kaum, von einer niedrigeren Irrtumsquote bei der Entscheidung nach überwiegender Wahrscheinlichkeit zu sprechen¹⁵³. Vor allem aber verkennt die Argumentation, es sei in jedem Falle gerechter, nach der Wahrscheinlichkeit als nach Beweislastregeln zu urteilen, da eine Beweislastentscheidung immer nur zufällig richtig sein und nur blindlings die Wahrheit treffen könne, das Wesen einer solchen Entscheidung grundsätzlich¹⁵⁴. Übersehen wird dabei, daß Beweislastregeln keineswegs auf Beliebigkeit, sondern auf sachlichen Gründen, und zwar in der Regel *materiellen Gerechtigkeitsabwägungen* beruhen, welche letztlich auch den auf sie gestützten Entscheidungen einen eigenen Gerechtigkeitswert verleihen¹⁵⁵. Mit einem wohl durchdachten, sorgfältig abgestuften und differenzierten System der Beweislast, mit der Ausgestaltung der Normen als rechtsbegründende, rechtsvernichtende, rechtshindernde und rechtshemmende, hat der Gesetzgeber klar zu verstehen gegeben, wem das Risiko der Beweislosigkeit am ehesten zuzumuten ist. Kann der Kläger die rechtsbegründenden Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs nicht voll, d. h. zur Überzeugung des Gerichts beweisen, so wird seine Klage zu Recht abgewiesen, weil er sich in die Rolle des Angreifers begeben hat und eine Änderung in der Rechtswelt erstrebt, was auf eine Einschränkung der rechtlichen Freiheit des Gegners hinausläuft¹⁵⁶. Dies muß selbst dann gelten, wenn eine gewisse oder vielleicht sogar

153 Nachweise zu diesem Standpunkt unter II. 2. a. bb. (1).

154 Treffend *Prütting* (Fn. 1), S. 85.

155 So *Leipold* (Fn. 1), S. 8; *Kargados* (Fn. 1), S. 662; ebenso *Prütting* (Fn. 1), S. 85 f., der ergänzend bemerkt: »Es kann daher gar nicht das Bestreben einer Beweislastentscheidung sein, der im Prozeß nicht feststellbaren Tatsachenlage nunmehr doch noch zum Sieg zu verhelfen – im Gegenteil, gerade weil die Sachverhaltsaufklärung endgültig gescheitert ist, also ein non liquet besteht, muß die darauf gegründete Beweislastentscheidung von der Verwertung konkreter Wahrscheinlichkeitsüberlegungen absehen; sie kann sinnvollerweise nur als eine eigenständige Risikoentscheidung (vergleichbar einer besonderen materiellrechtlichen Anspruchsnorm) aufgefaßt werden« – abl. *Baumgärtel*, JZ 1986, 229 (230) (Rezension der Schrift von *Leipold*); vgl. aber auch *ders.* (Fn. 2), S. 173 ff.: Eine Beweislast-Entscheidung ist »einer Beweismaß-Reduzierung (...) vorzuziehen, da die Beweislast (...) durch teleologische Auslegung der Anspruchsnorm gewonnen und dadurch dem Normzweck gerecht wird.«

156 *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 48 f.; zust. u. a. *Schwab* (Fn. 1), S. 455; vgl. insoweit auch die von *Bender* (Fn. 1), S. 257, angestellten Überlegungen. Der Gedanke, daß grundsätzlich dem Kläger wegen seiner Angreiferrolle die Beweislast aufzubürden ist, was wiederum Rückwirkungen auf das Beweismaß hat, kann in der deutschen Zivilprozessrechtsliteratur auf eine lange Tradition zurückblicken. Er findet sich bereits im Schrifttum der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, etwa bei *Borst*, Über die Beweislast im Civilprozeß, 1826; *Weber-Heffter*, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, 1845.

eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für seine Behauptungen spricht. Bei der Beweislastverteilung handelt es sich um eine *Risikozuweisung*, die als Wertungsfrage durch *generell-abstrakte* Regeln entschieden werden muß und im Einzelfall nicht aus den Angeln gehoben werden kann¹⁵⁷. Die grundsätzliche Beweislast des Angreifers für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen seiner Klage bedeutet einen Schutz des Besitzstandes im weitesten Sinne¹⁵⁸. Kann umgekehrt der Beklagte die Voraussetzungen nicht beweisen, welche die Entstehung des dargelegten subjektiven Rechts hindern, dieses vernichten oder dessen Durchsetzbarkeit hemmen, so ist er zu verurteilen, weil er sich bezüglich dieser Einreden in einer der Rolle des Klägers vergleichbaren Stellung befindet. Dieses von dem Gesetzgeber ganz bewußt so angelegte und von der Rechtsprechung beständig fortentwickelte System der Beweislast ist im Ergebnis besser geeignet, den Interessen von Kläger und Beklagtem gerecht zu werden, als Entscheidungen nach überwiegender Wahrscheinlichkeit¹⁵⁹.

c) Gefahr des Ausufers materiellrechtlicher Anspruchsgrundlagen

Schließlich stünde zu befürchten, daß eine Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz von Schäden, die er nicht sicher, sondern nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit verursacht hat, zu einer Ausuferung der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen führt¹⁶⁰. Auch wer geäußerte Bedenken, die Einführung des Überwiegensprinzips könne »an den Wurzeln des Rechtsstaates (...) rühren«¹⁶¹, für übertrieben hält, muß die Warnung ernst nehmen, daß es »einer Aufforderung zu unbekümmerterem Prozessieren gleich« käme, ließe man bereits eine nur geringfügig überwiegende Wahrscheinlichkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen für den Erfolg einer Klage ausreichen¹⁶². Jedenfalls darf die Gefahr nicht

157 Greger (Fn. 1), S. 13; s. auch Baumgärtel (Fn. 2), S. 172 f.

158 Leipold (Fn. 156), S. 48 f.

159 Schwab (Fn. 1), S. 456; Zöller/Greger, ZPO, ²³2002, § 286 Rdnr. 18; Leipold (Fn. 14), S. 313, sieht gerade durch die Aufteilung der Beweislast zwischen Kläger und Beklagtem die Gleichheit der Parteien (und zwar im Sinne einer wertenden, nicht lediglich formalen Gleichheit) bewerkstelligt.

160 Baumgärtel (Fn. 1), S. 563 f.; ders. (Fn. 2), S. 179; Prütting (Fn. 1), S. 78 f.; Schack (Fn. 63), Rdnr. 697; Stichelbrock (Fn. 4), S. 361; Walter (Fn. 1), S. 181 ff.; R. Schreiber (Fn. 144), S. 13; Greger (Fn. 1), S. 111 f.: »Das Beweisrecht (...) darf nicht Ansprüche begründen, die nach materiellem Recht nicht bestehen. Genau dies aber geschieht, wenn die überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweiskriterium angesehen wird; ebenso Schwab (Fn. 1), S. 456 – Die Befürchtung einer Haftungsausuferung wird nicht geteilt von Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 8), § 115 II.2.; s. auch (auf der Basis einer Ergebnisteilung) Hirte (Fn. 57), S. 311 und 476; zum »floodgates argument« Fleischer, JZ 1999, 766 (769 f.).

161 So Habscheid (Fn. 1), S. 118; zit. auch bei Zöller/Greger (Fn. 159), § 286 Rdnr. 18.

162 Stein/Jonas/Leipold (Fn. 22), § 286 Rdnr. 5; ebenso Kargados (Fn. 1), S. 666.

unterschätzt werden, daß in stark zunehmendem Maße gerichtliche Auseinandersetzungen auf der Grundlage ungewisser oder gar unrichtiger Tatsachenbehauptungen angestrengt werden, in der Hoffnung auf einen leicht erzielbaren Prozeßsieg¹⁶³ – mit allen Folgelasten für die Justiz.

Das Resultat einer Beweismaßreduzierung wäre eine Schadensverlagerung auf nicht sicher den Nachteil verursachende Personen, für die jede Rechtfertigung fehlt. »Haftung für wahrscheinliche Kausalität bedeutet weit mehr als nur eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzungsaussichten. Als beweisrechtliche Änderung des geltenden materiellen Rechts bedarf sie einer materiellrechtlichen Begründung, doch gerade daran gebricht es sämtlichen Wahrscheinlichkeitslösungen«¹⁶⁴.

V. Schluß

Kann eine Herabsetzung des Beweismaßes nicht befürwortet werden¹⁶⁵, so bleibt es Aufgabe der Gerichte, weiterhin mit Hilfe des herkömmlichen umfangreichen beweisrechtlichen Instrumentariums für einen Ausgleich der im Prozeß widerstreitenden Interessen Sorge zu tragen¹⁶⁶. Trotz berechtigter Kritik im Detail läßt sich nicht leugnen, daß es sich bei den von der BGH-Rechtsprechung im Laufe

163 Prütting (Fn. 1), S. 79; MüKoZPO/Prütting (Fn. 9), § 286 Rdnr. 39; Walter (Fn. 1), S. 182: »Eine Demontage des »Überzeugungserfordernisses« würde (...) weithin zu einer Korruption der Rechtsmoral in der Bevölkerung führen – wenn schon eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt, um »einen Prozeß zu gewinnen!«.

164 Baumgärtel/Wittmann, in: Festschr. f. Schäfer, 1980, S. 13 (25 f.).

165 Daß es aus Gründen des materiellen Rechts ausnahmsweise geboten sein kann, das hohe Beweismaß zu senken, ist heute weitgehend anerkannt, vgl. etwa Arens, ZZP 88 (1975), 1 (32 f.); Walter (Fn. 1), S. 195 f., 201; Gottwald (Fn. 1), S. 49 f.; Prütting (Fn. 1), S. 87 ff.; MüKoZPO/Prütting (Fn. 9), § 286 Rdnrn. 44 ff.; Leipold (Fn. 1), S. 17; Huber (Fn. 1), S. 82, 136; Baumgärtel (Fn. 1), S. 557 f., 567 f.; Brüggemeier (Fn. 5), S. 234 – A. A. Greger (Fn. 1), S. 122, 200 f., der für eine »Allgemeingültigkeit des Beweiskriteriums« und Unabänderlichkeit des einheitlichen Beweismaßes eintritt; s. auch Zöller/Greger (Fn. 159), vor § 284 Rdnr. 28, § 286 Rdnrn. 18 ff.; Schilken (Fn. 22), Rdnr. 489; abw. von der h. M. auch H. Weber (Fn. 4), S. 211 ff. – Die Rechtfertigung für die ausnahmsweise Beweismaßreduzierung ergibt sich aus der engen Verflochtenheit des Beweismaßes mit dem materiellen Recht, dessen Verwirklichung es zu dienen hat (Walter, ZZP 93 (1980), 97 (101): »Prozeßrecht als Vehikel zur Durchsetzung des materiellen Rechts, deswegen die Beweismaßreduzierung für bestimmte Fälle«). Im Interesse der Vorausehbarkeit ist eine derartige Beweismaßreduzierung jedoch auf bestimmte Fallgruppen zu beschränken, für die jeweils die Voraussetzungen zulässiger Rechtsfortbildung vorliegen müssen, vgl. dazu die Untersuchung von Walter (Fn. 1), S. 205 ff.; Prütting (Fn. 1), S. 87 f., stellt klar, daß es sich um ein allgemeines juristisches Methodenproblem handelt, nämlich um eine teleologische Reduktion des § 286 ZPO.

166 Die grundsätzliche Bedeutung des Beweisrechts bei der notwendigen »ständigen Verfeinerung des Haftungsrechts und (...) seiner Anpassung an neue Bedürfnisse« betonte bereits Stoll, AcP 176 (1976), 145 (146).

der Jahrzehnte herausgebildeten Beweisregeln um hochentwickelte und feindifferenzierte Gerechtigkeitskriterien handelt. Die Entwicklung ist weiter im Fluß und auch wenn die dogmatischen Grundlagen nicht immer restlos geklärt erscheinen, die Sonderregeln sich teilweise im Billigkeitsrecht verlieren, werden die Gerichte der typischerweise schwierigen Aufgabe doch zunehmend besser gerecht. Wer eine Verringerung notwendiger Beweislastentscheidungen anstrebt, sollte nicht für eine Reduzierung des Beweismaßes plädieren, sondern nach Möglichkeiten *besserer Sachverhaltsaufklärung* fragen. Der hierfür geeignete Weg führt weniger über die vom Reformgesetzgeber gewählte beständige Ausweitung richterlicher Hinweispflichten nach § 139 ZPO¹⁶⁷ als über die Anerkennung und Etablierung einer Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß¹⁶⁸.

167 Näher dazu zuletzt *Reischl*, ZZP 116 (2003), 81 ff.; monographisch *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, 2002.

168 Grdl. *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976; zuletzt *Katzenmeier*, JZ 2002, 533 ff.