

ALEXANDER MORELL

# Der Beibringungs- grundsatz

*Jus Privatum*

263

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 263





Alexander Morell

# Der Beibringungsgrundsatz

Eine Rechtfertigung unter besonderer  
Berücksichtigung der Passivität  
der nicht beweisbelasteten Partei

Mohr Siebeck

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

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft – Projektnummer: 450620214.

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

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

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

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

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

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

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

Printed in Germany.

## Danksagung

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

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

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

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

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

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

Köln, 23.12.2021

Alexander Morell

## Inhaltsübersicht

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



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

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

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

# Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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



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

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

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

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



## § 1 Einleitung

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

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

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

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

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

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

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



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

## § 2 Der Beibringungsgrundsatz und die Bedeutung seiner Rechtfertigung

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

## I. Der Beibringungsgrundsatz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Die Rechtsgrundlage des Beibringungsgrundsatzes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. *Die Wirkung des Beibringungsgrundsatzes*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Sachverzeichnis

- Aggregat 146–150, 195–199  
Amtsermittlung 6–12, 244–246  
Anfangswahrscheinlichkeit 103–104,  
104–111, 140–141  
Anscheinsbeweis 128–133, 262–276,  
317–320  
Aufklärungsanspruch 280–286  
Aufklärungspflicht nach Stürner 282–  
286  
Ausforschungsbeweis 309–310  
Auskunftsanspruch (vgl. auch Aufklä-  
rungsanspruch) 238–240  
Axiome der Wahrscheinlichkeit 74–81
- Baumdiagramm (Spieltheorie) 163–165  
Baumdiagramm (Wahrscheinlichkeit)  
87–91  
Bayes' Regel 85–87  
Beibringungsgrundsatz 6–13  
Beweisführungslast 187–188  
Beweislast 185–188  
– objektive 186–187  
– subjektive 187–188  
Beweislastumkehr 187–188, 224  
Beweislosigkeit 34–39  
Beweisnot 34–39  
Beweisvereitelung 226–230  
Beweiswürdigung 65–103, 224–225
- Contest 161–163
- Darlegungslast 34–39, 237–238, 300  
Darlegungslast, sekundäre 34–39, 237–  
238, 300  
Deduktion 71–72  
Discovery 289–308  
Dispositionsmaxime 8–9  
Dokumentationspflichten 288–289
- Erfahrungssatz 111–112, 270–276  
– einfacher 314–320  
– starker 263–270  
Extensivform (Spieltheorie) 163–165
- Geheimnisschutz 308–314  
Gleichgewicht, perfekt bayesianisches  
171–176  
Grossman'sches Schließen 189–191, 249–  
258  
Grossman'sches Unraveling 189–191
- Indifferenzprinzip 107–110, 139–140  
Induktion 71–72  
Informationsproblem des deutschen  
Zivilprozesses 34–39, 323–325  
Interaktion, strategische 160–171  
Irgendwie-Feststellung 267–268  
Justizgewähranspruch 27–30
- Kohärenz 104–105  
Konvergenz 105–106  
Kosten  
– fixe 209  
– variable 209–211
- Logik 70–71  
Lügen 217–221
- Methode 133–139  
Modell 156–159
- Nash-Gleichgewicht 160–161  
Nemo tenetur 18–27, 242–244  
Normalform (Spieltheorie) 161–163
- Pooling 211–217  
Pretrial Discovery 289–308



- Principal Principle 114–118  
 Privatautonomie 19–27
- Rationalität 68–70, 91–99  
 – spieltheoretische 144–160  
 Realität 41–43, 104–110  
 Referenzklasse 118–133, 123–128  
 Rückwärtsinduktion 163–164, 174
- Satz von Bayes 85–86  
 Schließen aus Schweigen 189–191, 249–258  
 Signaling 172–174  
 Skeptizismus, strategischer 189–191  
 Spiel 160–161  
 Spieltheorie 160–171  
 Stärke, induktive 71, 72–73  
 Straight Rule 118–133  
 Substantiierung 256–257
- Tendenz 146–150  
 Tullock-Contest 161–163
- Überzeugung 41–62  
 – relative 48–57  
 Überzeugungsgrade 48–57
- Updating, bayesianisches 85–86, 88–91
- Verfügungsfreiheit 23–24  
 Vertragsfreiheit 24–26  
 VW-Dieselskandal 289–308
- Wahrheit  
 – absolute 40, 41–45  
 – formelle 40, 45–62  
 – materielle 40, 41–45  
 – relative 40
- Wahrscheinlichkeit  
 – bedingte 81–86  
 – logische 107–110  
 – objektive 112–118  
 – subjektive 91–99
- Wahrscheinlichkeitstheorie 65–102  
 Wetten 91–99
- Unraveling 189–191
- Realismus, erkenntnistheoretischer 41–43
- Zweck des Erkenntnisverfahrens 1–4