

Erneute Überlegungen über das Beweismaß im Zivilprozess — Zur objektiven Tatsachenfeststellung

TAMURA Yoko*

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 Einleitung - Die Tatsachenfeststellung im Allgemeinen
Kapitel 2 Die Diskussion über den Grundsatz des Beweismaßes
Kapitel 3 Der Tatsachennachweis und das Beweismaß
Kapitel 4 Zusammenfassung

Kapitel 1 Einleitung - Die Tatsachenfeststellung im Allgemeinen

1.1 Das Problembewusstsein

Für die gerechte Durchführung der Gerichtsverhandlung muss nicht nur die Anwendung des Gesetzes durch den Richter, sondern als deren Prämisse auch die Tatsachenfeststellung rechtmäßig sein. Das bedarf keiner erneuten Diskussion.

Einer der Faktoren, der die Tatsachenfeststellung im Zivilprozess verzerrt, ist der Beibringungsgrundsatz. Demnach werden die der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen von den Parteien beigebracht. Jede Partei trägt also die Tatsachen vor, die für sie im Prozess günstig sind.¹⁾

Unter dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (japanisches Zivilprozessrecht (jZPO) §247, dZPO §286) können die Richter, unter Heranziehung allgemeiner Erfahrungssätze, die Tatsachen im Rahmen der freien Beweiswürdigung feststellen. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist in heutigen Verfahren ein wichtiger Grundsatz, der die Schwäche des Prinzips der gesetzlichen Beweisregeln überwindet. Seine Nützlichkeit wird historisch breit anerkannt. Falls jedoch die Gefahr besteht, daß der Richter über Gebühr vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung, Gebrauch macht, ohne auf angebotene Beweismittel zu reagieren,

* Professorin an der Universität Ritsumeikan

1) Als faktische Probleme bei der Anwendung werden u. a. folgende Punkte genannt: (1) ungerechte Anwendung der Einrichtung, (2) übermäßige Anpassung der Rolle des Prozeßbevollmächtigten, (3) Begleitung, die auf der Japan-spezifischen Gesetzespraxis beruht, (4) Verteidigung der Persönlichkeit, (5) Neigung zu der Perfektion der Behauptung von sich selbst. Kato, Shintaro. *Minji soshoo ni okeru joohoo no yugami to zese* [Die Verzerrung und Korrektur der Information bei dem Zivilprozess]. Aoyama, Yoshimitsu et. al. Hrsg. *Ishikawa Akira Koki - Gendai shakai ni okeru minji tetsuzukihou no tenkai (I)* (Shoji Homu, 2002) S. 444.

wäre dies zu kritisieren. Gleichmaßen ist hier jedoch auch die allgemeine Überlastung der Justiz zu berücksichtigen. Obwohl Tatsachen nach der Struktur der Schlußfolgerung der mittelbaren sowie unmittelbaren Tatsachen objektiv festgestellt werden, sind dem feststellenden Gericht Ausnahmen möglich. So gibt es Fälle, bei denen das Gericht in Wirklichkeit solches wie "Handlung" bzw. "Sitz" oder "Fassung"²⁾ des Falls ins Auge fasst, d.h. wohin der Fall anlangt (Schluss), und die Verhandlung führt.³⁾

Folglich steht es m. E. noch offen, die Tatsachenfeststellung bei der im Verfahren kritisch zu hinterfragen und zu verbessern, um sie noch sicherer und stabiler werden zu lassen. Eine denkbare Maßnahme dafür ist die Tatsachenfeststellung noch strenger nach objektiven Gesichtspunkten zu gestalten (optimaler) zu gestalten.

1.2 Die Tatsachenfeststellung im Allgemeinen

Bei der Tatsachenfeststellung handelt es sich um einen Verfahrensablauf, der sowohl (1) den Nachweisens einer bestimmten Tatsache durch die betreffende Partei durch Beweise als auch (2) die Wirkung der Schlussfolgerung (Inferenz, *inference*) durch den erkennenden Richter. Gewöhnlich nimmt man die induktive Methode, um eine Schlussfolgerung zu ziehen. Das heißt, dass man anhand der während des Verhandlungsablaufs vorgelegten Beweise sowie der mittelbaren Tatsachen über diese ableitet und verifiziert, ob die Haupttatsache im des Beweissatzes bewiesen wurde.⁴⁾

Diese Verifikation ist jedoch nicht einfach. Es gibt Verfahren, in welchen die Haupttatsachen direkt durch die Beweise erkannt werden können Demgegenüber stehen Verfahren, bei denen erst die mittelbare Tatsache erkannt und dann die Haupttatsache durch diese mittelbare Tatsache geschlussfolgert wird. Darüber hinaus können auch eine weitere mittelbare Tatsachen durch die vorhandene mittelbare Tatsachen erkannt und daraus die Haupttatsache abgeleitet werden. Schließlich besteht auch die Möglichkeit, dass solche mittelbaren Tatsachen existieren, die oben genannte Konklusion verhindern. In Wirklichkeit sieht gestaltet sich das Erkenntnisverfahren noch diffiziler, weil so "die Vektoren der

2) Die Begriffe "Handlung {jp. suji}" bzw. "Fassung {jp. suwari}" sind nicht eindeutig, und ihre Bedeutungen sind unterschiedlich nach Befürwortern. Dennoch teilen sie m. E. die Erkenntnis, dass es sich bei diesen Begriffen um Direktiven der Verifikation aus dem umfassenden Gesichtspunkt handelt, wie der Schluss des Falls aussehen soll, um der Gerechtigkeit und der Billigkeit Rechnung zu tragen (vgl. Segi, Hiroshi. *Minji soshou jitsumu to seido no shouten* (Hanrei Taimuzu, 2006) S280f.).

3) Muramatsu, Toshio. *Minji saiban no riron to jitsumu* (Yushindo, 1967) S. 7f. Ito, Shigeo. *Jijitsu nintei no kiso* (Yuhikaku, 1996) S. 264 erläutert, dass "es die Gefahr besteht, keinen größeren inneren Widerstand dagegen zu hegen, über die in Betrachtung stehende Tatsache, deren Grad des Nachweisens ihrer Existenz dem Beweismaß nicht erreicht, unter der Annahme des Nachweisens ohne Erklärung als gewöhnliche Tatsachenfeststellung zu erkennen, wenn man zu sehr auf die Angemessenheit des Schlusses Wert legt". Weiter legt er dar, dass man auf die Angemessenheit des Schlusses so zielen sollte, indem man die optimale gesetzliche Konstruktion aufbaut und keine Tatsachenfeststellung, die gegen den allgemeinen Erfahrungsgrundsatz verstößt im Rahmen der freien Beweiswürdigung des Richters durchführen soll (a.a.O. S. 264f.).

4) Tanabe, Koji. *Jijitsu nintei no kenkyuu to kunren* (Kobundo, 1965) S. 11.

Konklusion komplex ineinander kreuzen" und so die Verifikation erschweren. Das ist der Grund, warum die Tatsachenfeststellung als "Prozeß der Bildung der Beweiswürdigung über die Existenz der Haupttatsache durch die Entzifferung dieser komplexen pyramiden-förmigen mehrschichtigen Struktur" genannt wird.⁵⁾

Im Prozess erfolgt der Nachweisen in zwei Stufen, nämlich in dem Akt des Beweisens (*proof*) durch die Partei und in den Akt der freien Beweiswürdigung (*persuasion*) durch den Richter. Diese beiden Akte müssen voneinander unterschieden werden.⁶⁾ Bei dem Akt des Beweisens durch die Partei gehen die Person sowie der sie gegebenenfalls vertretende Rechtsanwalt so vor, daß sie "Prozessparteiden ihnen bereits bekannten Sachzusammenhang voraussetzend, aus dem Standpunkt der Person, den Plan aufstellen, aus welchem Beweis welche mittelbare Tatsache nachzuweisen ist und auf welchem Erfahrungsgrundsatz beruhend die Haupttatsache nachzuweisen soll, dann diesen ausführen".

Der erkennende Richter stellt dagegen anhand der aufgestellten Behauptungen und der erhobenen Beweise die erkennbaren mittelbaren Tatsachen fest und ziehen darüber hinaus Schlussfolgerungen in Hinblick auf Haupttatsachen, soweit dies möglich ist. Schließlich erreichen sie die endgültige Tatsachenfeststellung, während sie die Korrektur mit den nachträglich eingereichten Beweisen hinzufügen.⁷⁾

Zu diesem Verlauf der Tatsachenfeststellung im Fortgang wird erwähnt, daß "das gemeinsame Führen der Verhandlung, in der die Parteien und der Gerichtshof die Erkenntnis teilen" zu der Garantie für die objektive Tatsachenfeststellung wird. Das heißt gleichermaßen, dass den Prozessparteien die vorläufige Tatsachenbeurteilung durch das Gericht mitgeteilt werden muss.⁸⁾ Dies gilt auch deshalb, weil man sagen kann, daß das Verfahren der Regulierung der Streitpunkte als ein Ort existiert, wo von dem Gerichtshof und den Parteien verlangt wird, ihre Erkenntnis über den Zustand der Tatsachenfeststellung in dem Zeitpunkt zu teilen.⁹⁾

1.3 Die Orientierung der Objektivierung der Tatsachenfeststellung

Als Maßnahme der weiteren Objektivierung der Tatsachenfeststellung, die die oben erwähnte Struktur der Schlußfolgerung annimmt, sind zwei grundsätzliche Ansatzpunkte denkbar.¹⁰⁾ Nämlich, <1> die Objektivierung des Beweismittels, das während des

5) Kakiuchi, Tadashi. Jijitsu nintei no puroseshu ni tsuite {Über den Prozeß der Tatsachenfeststellung}. *Minpougaku no kiseki to tenbou* (Nihonhyoronsha, 2002) S. 564.

6) Tanabe. a.a.O. Fn. (4). S. 26f.

7) Die Haupttatsache, über die die betroffenen Parteien von Anfang an nicht streiten, wird unter der Verhandlungsmaxime, ohne Beweisaufnahme selbstverständlich "entschieden", also als unbestritten der Tatsachenfeststellung zu Grunde gelegt (Ito, Shigeru. a.a.O. Fn. (3). S. 127f.).

8) Kakiuchi. a.a.O. Fn. (5). S. 570f.

9) Vgl. Kakiuchi. a.a.O. S. 575.

10) Tao, Toji / Shintaro Kato. Hrsg. und Verfasser. Dai 7 shou <Zadankai> Minji jijitsu nintei no kyakkanka to gourika {Kapitel 7 <Gesprächsrunde> Die Objektivierung und die Rationalisierung der Tatsachenfeststellung des Zivilprozesses}. *Minji jijitsu nintei* (Hanreitaumuzusha, 1999) S. 189f. ↗

Verhandlungsablaufs vorgelegt wird, sowie <2> die Objektivierung des Verlaufs der Auswertung des Beweises.

Für die Erstere, die Objektivierung des Beweismittels, kann man z.B. ergänzend Statistiken herangezogen beziehungsweise in noch größerem Ausmaße Sachverständigengutachten angefordert werden. Die Letztere <2> lässt sich in vier Situationen teilen und untersuchen.

Erstens, es gibt die Forderung der Objektivierung bei dem Verfahrensfortgang. Es wird etwa gefordert, daß die Prozessparteien und das erkennende Gericht die Erkenntnisse der Tatsachenfeststellung auch während des Verfahrens teilen.¹¹⁾ Die zweite Forderungen richtet sich an den Prozessbevollmächtigten. Vom Prozessbevollmächtigten wird gefordert, (1) adäquate Behauptung aufzustellen sowie eine dementsprechende Beweisführung an den Tag zu legen sowie mit dem Gerichtshof zu kooperieren und einen Dialog zu führen, und (2) die Wahrheitspflicht vertretenen Prozesspartei sowie die, die Wahrheitspflicht garantierende, Effektivität der Ethik des Rechtsanwalts sicher zu stellen.¹²⁾ Die Dritte ist die praktische Forderung gegenüber dem Richter. Hier geht es beispielsweise um (1) "die Aufstellung der Hypothese und die Verifizierung der Hypothese"¹³⁾, also "doppelte Kontrolle" der Tatsachenfeststellung durch die induktive sowie deduktive Methode¹⁴⁾, sowie (2) sich an der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren und vom Erfahrungsschatz der dienstälteren Richter zu profitieren.¹⁵⁾ Auch (3) als formelle Versuche werden empfohlen, die Tabellen oder Kontrolllisten zu verwenden sowie das Vorhandensein des Beweises aufgrund des Grundsatzes der Aufteilung der Beweislast zu entscheiden.¹⁶⁾

Die Vierte ist die Forderung nach der Objektivierung des Prozeßsystems. Hierfür werden z.B. Folgende genannt: (1) der Versuch der nachträglichen Verifikation der Auswertung des Beweises durch die Anwendung der probabilistischen Statistik sowie der Theorie des Vorgangs der Willensentscheidung und (2) der Versuch der Objektivierung des Systems der Tatsachenfeststellung durch die Überprüfung des Mechanismus des Nachweisens der zu beweisenden Tatsache sowie durch die Revidierung der Art und Weise der Norm des Beweismaßes, welches das Rückgrat des Systems des Nachweisens bildet.

Dieser Aufsatz beabsichtigt, die Versuche und ihre Nützlichkeit der Objektivierung des Beweismittels sowie der Objektivierung der Auswertung des Beweises, besonders die letztere Maßnahmenorientierung <2> also den Verlauf der Auswertung des Beweises bzw. der Bildung

↘ [Äußerung von Koichi Miki].

11) Kakiuchi. a.a.O. Fn. (5). S. 570f.

12) Vgl. Kato, Shintaro. *Bengoshi yakuwari ron* (neue Auflage) (Kobundo, 2000) S. 271f.

13) Murata, Sho. Suinin ni yoru jijitsu nintei to mondaiten {Beispiel der Tatsachenfeststellung durch die Konklusion und ihre Probleme}. *Hanrei Taimuzu* Nr. 1213. S. 43f, S. 46f. (2006).

14) Kikkawa, Shin'ichi. Jijitsu nintei no kouzou to soshou un'ei {Die Struktur der Tatsachenfeststellung und Prozeßbetrieb}. *Jiyuu to Seigi*. Band 50 Nr. 9. S. 65f. (1999).

15) Tao / Kato. Hrsg. und Verfasser. a.a.O. Fn. (10). S. 14f. [die Äußerung von Shintaro Kato].

16) Vgl. Kakiuchi. a.a.O. Fn. (5). S. 573. Fn. (4).

der Beweiswürdigung durch den Richter zu überprüfen. Konkret heißt das; hier wird von der vierten "Forderung nach der Objektivierung des Prozeßsystems" im Verlauf der Auswertung des Beweises, davon der Punkt (2) "die Aufklärung des Mechanismus des Nachweisens und die Revidierung der Art und Weise der Norm des Beweismaßes" überprüft. Man kann nicht negieren, daß Schwankungen bei der Tatsachenfeststellung entstehen, weil die menschliche Komponente im Verfahren eine zu große Rolle spielt. Dennoch sollte versucht werden, diese Schwankungen zu überwinden.

Kapitel 2 Die Diskussion über den Grundsatz des Beweismaßes

Dieses Kapitel wird Folgendes überprüfen: die erneute Revision des eigentlichen Mechanismus des Beweisens; die Analyse des Ablaufs, durch den der Richter sich davon "überzeugt", ob die Tatsache existiert oder nicht; und die theoretische Objektivierung der idealen Verfahrensstufen des Ablaufs der freien Beweiswürdigung als den praxisrelevanteren Teil.

Wie unten erläutert wird, werden wir zu dem Schluß gelangen, daß man das Stadium des Aktes des Beweisens der beweisbelasteten Prozesspartei klar und präzise vom Stadium der freien Beweiswürdigung des Richters trennen soll, und daß man das Hauptaugenmerk auf das Erstere legen soll. Jedoch sollte man darauf achten, dass es wohl auch Ansichten gibt, die die subjektive Überzeugung des Richters und die Wahrscheinlichkeit der Tatsache, die die beweisbelastete Partei zu beweisen hat, als Synonym zu verstehen.¹⁷⁾

Hier werden die folgenden Fragen als Thesen vorangestellt..

- i) Theoretisch: Ist es notwendig, daß "die hochgradige Wahrscheinlichkeit" für alle zu beweisenden Tatsachen existiert?
- ii) Auch bei dem realen Fall: Soll das Recht nur dann anerkannt werden, wenn die zu beweisenden Tatsachen hochgradig bewiesen wurden?

Diese zwei Fragen vorausgesetzt wollen wir den Punkt im Folgenden überprüfen, wie hoch die Norm des Beweismaßes sein soll, die bei dem Zivilprozeß für die objektive Tatsachenfeststellung benötigt wird.

2.1 Die Beweismaßtheorien

Über den Grundsatz des Beweismaßes am Zivilprozess gibt es grob geteilt zwei Theorien in Japan.

2.1.1 Die Theorie des Grundsatzes der hochgradigen Wahrscheinlichkeit (Rechtsprechung – herrschende Meinung)

In der Rechtsprechung in Japan etwa bei dem Urteil des Lumbal-Falls¹⁸⁾ sowie beim

17) Kato, Shintaro. *Tetsuzukisairyoun* (Kobundo, 1996) S. 132f.

18) Es wird folgendermaßen geäußert: "Die Beweisführung der kausalen Beziehung im Prozeß ist kein ↗

Urteil des Prozesses der Nagasaki-Atombombe¹⁹⁾ sind das Nachweisen "der hochgradigen Wahrscheinlichkeit" sowie "die Überzeugung von der Wahrheit in dem Maß, daß man normalerweise darin keinen Zweifel setzt", im allgemeinen als notwendig vorausgesetzt. Die Theorie des Grundsatzes der hochgradigen Wahrscheinlichkeit, den die Rechtsprechung bzw. die herrschende Meinung annimmt, nennt folgende drei Punkte als ihre allgemeine Grundlage: i) die Forderung der materiellen Wahrheitsfindung, ii) die Absicherung der Erhaltung bzw. des Schutzes des jetzigen Zustandes (*status quo*) durch das Verbot der Selbsthilfe, iii) den Grund der Rechtfertigung der zwingenden Verwirklichung des Rechtes durch die öffentliche Gewalt.²⁰⁾ Das heißt, "das die Tatsache durch die das Übergewicht der Beweise festgestellt wird, von zufälligen Faktoren abhängt". Auch weil "die prozessuale Einrichtung auf den Schutz des jetzigen Zustandes Wert legt, wie es aus dem Verbot der Selbsthilfe klar wird". Deshalb "ist es unterm dem Gesichtspunkt der rechtlichen Sicherheit gerechtfertigt, demjenigen die größere (Beweis-)Belastung aufzuerlegen, wer dem derzeit gültigen Tatsachenstand widerspricht. Darüber hinaus wird geäußert: das Gericht führt schließlich zu "der zwingenden Verwirklichung des Rechtes durch die öffentliche Gewalt", und deshalb beruht es auf "dem Mechanismus und der Denkweise, daß der Grad der Wahrscheinlichkeit, die als Beweismaß erfordert wird, im Grunde gewissermaßen hoch sein soll". Folglich deutet die Theorie darauf hin, wie bei dem strafrechtlichen Freispruch, das politische Urteil hinnehmend zu fällen, wenn auch die Möglichkeit steigt, dass es ein Gerichtsurteil geben werde, bei dem der Anspruch abgelehnt wird, obwohl er in Wirklichkeit zugelassen werden sollte.²¹⁾

↘ naturwissenschaftliches Nachweisen, das ganz außer Zweifel liegen muß, sondern alle Beweise dem Erfahrungsgrundsatz entsprechend zu überprüfen, und die hochgradige Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, die die Beziehung bejahen kann, dass die bestimmte Tatsache die Entstehung der bestimmten Ergebnis hervorgerufen hat, und für das Urteil darüber ist es notwendig und ausreichend, dass man die Überzeugung von der Wahrheit in dem Maß haben kann, dass man normalerweise darin keinen Zweifel setzt." (Oberstgerichtshof, der zweite Senat, Urteil von 24. Oktober 1975. *Minshuu* Band 29. Nr. 9. S. 1417).

19) Oberstgerichtshof, der dritte Senat, Urteil von 18. Juli 2000. *Hanrei Jihou* Nr. 1724. S. 29.

20) Kato. a.a.O. Fn. (17) S. 144, Ito (S.). a.a.O. Fn. (3) S. 188., Takahashi, Hiroshi. *Juuten Kougi Minji Soshouhou II. Ergänzte Auflage* (Yuhikaku, 2006) S. 41., Tao. / Kato. Verfasser und Hrsg. a.a.O. Fn. (10). S. 265. [die Äußerung von Toji Tao], u. a. Außerdem gibt es noch folgende Arbeiten, die die hochgradige Wahrscheinlichkeit grundsätzlich für notwendig halten, dennoch auch solche Fälle anerkennen, für die die Wahrscheinlichkeit noch in höherem Grad (unbestrittenes sowie überzeugendes Nachweisen) oder die Milderung des Beweismaßes notwendig sind, und so für das Beweismaß in Stufen sprechen: Kobayashi, Hideyuki. *Shin Shoukohou* [2. Auflage] (Kobundo, 2003) S. 71f, Kasuga, Ichiro. *Minji Shoukohouron* (Shojihomu, 2009) S. 234f., Matsumoto, Hiroyuki. "Minji shoukohou no ryouiki ni okeru buki taitou no gensoku {Der Grundsatz der Waffengleichheit im Bereich des Zivilprozeßrechtes}". Takeshita, Morio. Hrsg. *Kouza Minji Soshouhou* (2) (Kobundo, 1999) S1, S23.

21) Tao / Kato. Verfasser und Hrsg. "Kapitel 1 (Zwiegespräch) Minji jijitsu ninteiron no tenbou – Kaidai o kanete {Der Ausblick des Argumentes der zivilrechtlichen Tatsachenfeststellung – auch als bibliographische Erläuterung}". a.a.O. Fn. (10). S. 17. [die Äußerung von Shintaro Kato].

Andererseits erkennen viele Befürworter²²⁾ der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit sowie ein Teil der Rechtsprechung²³⁾ die Ausnahme der Herabstufung des Beweismaßes in Fällen an, für die das Nachweisen schwierig ist. Sie bejahen die Herabstufung des Beweismaßes z.B. unter folgenden drei Erfordernissen: (1) Das Nachweisen der Tatsache ist aus sachlichen Gründen schwierig (Notwendigkeit bzw. Angemessenheit), (2) als Folge der Schwierigkeit des Nachweisens entsteht eine erhebliche Ungerechtigkeit im Vergleich zu dem normativen Ziel bzw. zu dem Hauptgedanken des materiellen Rechts (Notwendigkeit bzw. Subsidiarität), (3) man kann kein alternatives Instrument annehmen, dass das mit dem grundsätzlichen Beweismaß gleichwertige Nachweisen ermöglicht (Subsidiarität). Vorbehaltlich dessen, daß die unterste Grenze der zulässigen Milderung des Beweismaßes grundsätzlich auf der Ebene des Übergewichts des Beweises liegt.

2.1.2 Die Theorie des Grundsatzes des Übergewichts des Beweises (des mehrstufigen Beweismaßes)

Die Theorie des Grundsatzes des Übergewichts des Beweises ist die Theorie, die im Allgemeinen das mehrstufige Beweismaß zulässt, aber grundsätzlich das Übergewicht des Beweises für ausreichend hält.²⁴⁾

22) Z.B. Kato. a.a.O. Fn. (17). S. 159. u.a.

23) Bei dem Urteil des Falls, in dem darüber gestritten wurde, ob ein Universitätsprofessor die Handlung der Nötigung zur Unzucht gegen eine weiblichen Forschungshilfskraft in einem Hotel auf der Dienstreise ausführte oder nicht (Sendai Landesobergericht Akita Zweigstelle Urteil vom 10. Dezember 1998., *Hanrei Jihou* Nr. 1681 S. 112., *Hanrei Taimuzu* Nr. 1046 S. 191.), wobei es sich um einen Fall im verschlossenen Zimmer handelte, und ohne Augenzeuge nur die Aussagen der Parteien die wichtigen Beweisen waren, verglich und untersuchte die betroffene Berufungsinstanz die Glaubwürdigkeit der Aussage der klägerischen Partei und der Aussage der beklagten Partei, nannte u. a. den Grund, dass es die mit der Glaubwürdigkeit ausgestatteten Merkmale dementsprechend in der Aussage der klägerischen Partei gibt, sowie den Grund, dass man erkennen kann, dass es die mittelbaren Beweise gibt, die nachträglich auf die Existenz des Falls hindeuten, und fällte das Urteil: "aus dem Gesichtspunkt, die Oberhand des Beweises sorgfältig zu überprüfen" kann man nichts anderes sagen, als dass die Glaubwürdigkeit bei der Aussage der klägerischen Partei höher ist; wenn es keine weitere Beweise gibt, die den Fall objektiv aufklären, kann man nichts anderes annehmen als die Aussage der klägerischen Partei; demzufolge ist es angemessen, zu erkennen und festzustellen, dass der Inhalt des Falls wie die Aussage der klägerischen Partei war. Wie bei diesem Fall, bei dem der objektive Beweis ungenügend ist, ist es interessant, dass auch die Rechtsprechung auftritt, für die man den Grundsatz "des Übergewichts des Beweises" anwendete. Zu dem konkreten Kommentar der Rechtsprechung gibt es u. a. den Aufsatz des Autors "»Shouko no yuutsu« gensoku ni yoru jijitsu nintei – Akita kenritsu tanki daigaku jiken, Sendai kousai Akita shi han Heisei 10 nen 12 gatsu 10 ka {Die Tatsachenfeststellung durch den Grundsatz »des Übergewichts des Beweises« - Akita-Präfektur-Junior-College-Fall, Sendai Oberlandesgericht Akita Zweigstelle Urteil vom 10. Dezember 1998}". *Yamagata Daigaku Housei Ronsou* Band 32. S. 41f. (2004).

24) Ota, Shozo. *Shakai kagaku no riron to moderu 7 Houritsu*. (Tokyo Daigaku Shuppankai, 2000). S. 92f., Endo, Naoya. *Roo sukuuru kyōikuron* (Shinzansha, 2000) S. 77f. u.a. Außerdem kritisiert Professor Makoto Ito die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit und stellt die Theorie der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auf. Er scheint der Ansicht zu sein, dass für das Maß dieser Wahrscheinlichkeit eine etwas höhere überwiegende Wahrscheinlichkeit (über 60% bis 70%) als das ↗

Zu ihrer Begründung nimmt die Theorie der jüngsten Zeit im Grunde das Modell der Minimierung der Kosten des Fehlurteils an. Aus dem Standpunkt, die durch das Fehlurteil entstehenden Kosten zu minimieren, wendet das Modell die Formel der Probabilistik an, macht Untersuchungen beruhend auf der Formel " $P_{\min}(\text{Beweis vorhanden}) > \frac{1}{1+D_g/D_i}$ ", und vergleicht die Kosten des Fehlurteils sowohl für die Zivil- als auch für die Strafsache folgendermaßen:

Strafsache: D_g = Der Verlust des Nutzens (*lost benefit*), die angeklagte Person frei zu sprechen, die wirklicher Täter ist; D_i = Der Verlust des Nutzens, die angeklagte Person zu verurteilen, die straffrei ist

Zivilsache: D_g = Der Verlust des Nutzens, die beklagte Person unschuldig zu sprechen, die schuldig ist; D_i = Der Verlust des Nutzens, die beklagte Person schuldig zu sprechen, die unschuldig ist

Dieser Denkansatz bedeutet, dass bei der falschen Tatsachenfeststellung soziale Kosten entstehen. Als Kosten kann man erstens die Kosten nennen, die bei den durch das Fehlurteil unterlegenen Klägern bzw. Beklagten entstehen. Außerdem setzt man voraus, dass auch Kosten auch bei weiteren Personen neben den Betroffenen entstehen, sowie diese auch für die Gesellschaft an sich in diesem Sinne entstehen, dass die Verwirklichung eines Rechts verhindert wurde. Demnach ist die Minimierung des zu erwartenden Verlustes durch das Fehlurteil gleich dem rationellen Entwurf des Rechtssystems (die Theorie der Minimierung des sozialen Erwartungsverlustes). Mit dem Theorem von Bayes entscheidet man dann den Scheidepunkt (das Beweismaß λ) für "die Erkennung und Feststellung für Wahr" und "die Erkennung und Feststellung für Falsch".

Diese Denkweise ist nicht nur einfach gesellschaftlich wünschenswert, sondern versteht sich so, dass sie zu der gerechten Regulierung des Interesses zwischen den Parteien beiträgt. Das Gleichgewicht der Kosten durch das Fehlurteil auf der klägerischen Seite und der beklagten Seite kann gehalten werden, wenn die Überzeugung des Beweismaßes mit dem Beweismaß λ übereinstimmt, in dem Fall, dass der Hauptbestandteil der gesellschaftlichen Kosten des Fehlurteils aus privaten Kosten besteht, die von den Prozessparteien getragen werden.²⁵⁾

Hinzu stellt man die Frage der Entscheidung des Beweismaßes durch den Vergleich des gesellschaftlichen Risikos des Fehlurteils als getrennte Frage je nach einzelnen rechtlichen Erfordernissen dar. Dies gründet sich darauf, dass die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen, die über die Entstehung eines Anspruchs entscheiden, verschiedene gesellschaftliche Einflüsse und Situationen abhängig von einzelnen rechtlichen

↘ Übergewicht des Beweises notwendig sei. (Ito, Makoto. "Shoumeido o meguru sho mondai – tetsuzuki teki seigi to jittai teki shinjitsu no chouwa o motomete {Die Fragen um das Beweismaß – die Suche nach dem Einklang mit der verfahrensmäßigen Gerechtigkeit und der materiellen Wahrheit}". *Hanrei Taimuzu*. Nr. 1098. S. 4f. (2002)).

25) Vgl. Ota. a.a.O. Fn. (24) S. 92.

Erfordernissen hervorbringen können. Deshalb setzt man die Frage der Entscheidung des Beweismaßes für einzelne Gesetzeswirkungen oder einzelne rechtliche Erfordernisse fest und löst das einzelne Beweismaß als rechtliches Problem mit der Bayesischen These aufgrund des Zwecks der Norm und aufgrund der konkreten Gerechtigkeit. Wenn man eine solche Entscheidungsmethode annimmt, wird das Dogma "grundsätzlich einheitliches Beweismaß für alle rechtliche Erfordernisse" überwunden, welches die herrschende Meinung der heutigen Zivilprozessrechtslehre darstellt. Das Beweismaß wird für eine einzelne Gesetzeswirkung bzw. ein einzelnes rechtliches Erfordernis wird flexibel sowie gesellschaftlich adäquat bestimmt. Als Ergebnis daraus wird das Beweismaß in vielen Fällen zu dem Maß von "*more than half*", d.h. von "dem Übergewicht des Beweises".²⁶⁾

Daraus folgend behauptet man, das der Grundsatz des Beweismaßes zu " $P > 50\%$ (das Übergewicht des Beweises)" gleich wird, weil die Parteien in dem Zivilprozeß im Grunde gleichberechtigt sind, weil ihre Verluste des Nutzens ursprünglich gleich sind und weil man $D_g = D_i$ für denkbar hält.

2.2 Die Überprüfung der Theorie des grundsätzlichen Beweismaßes

2.2.1 Die Kritik aus der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit an der Theorie des Übergewichts des Beweises und ihr Gegenargument

Die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit kritisiert die Theorie des Übergewichts des Beweises in folgenden Punkten: (1) es ist fraglich, wo man die Grenze zwischen 50% und 51% zieht; (2) es besteht die Gefahr, dass die Tatsachenfeststellung von zufälligen Faktoren abhängt und das führt zu einer Ungerechtigkeit bei der Tatsachenfeststellung; (3) sie bringt erhebliche Erweiterung der Anspruchsgrundlage; (4) sie macht die Regel der Beweislast unnötig.²⁷⁾

Dagegen werden nach der Theorie des Übergewichts des Beweises folgende Gegenargumente genannt: gegen den Punkt (1) wird aufgeführt, dass das ähnliche Problem der Grenze entsteht, wenn man auch die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit annimmt. Etwa wenn angenommen wird, dass Wahrscheinlichkeit über 80% notwendig ist, kann es doch gleichermaßen zu dem Problem kommen, wo man die Grenze zwischen 79% und 80% zieht.

Dem wird wiederum entgegengehalten, dass der eigentliche Maßstab des "hohen Grades" bei der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit nicht bestimmt ist. So differieren die Ansichten von 'über 70%', 'über 75%' oder 'über 80%'.²⁸⁾ Dadurch, dass die Prozentgrenze

26) Vgl. a.a.O. S. 96f.

27) Kasuga. a.a.O. Fn. (20) S. 242.; Matsumoto, Hiroyuki / Yasuo Ueno. "Minji Soshouhou [5. Auflage]" (Kobundo, 2008) S. 385.

28) Als Abhandlung, in der man einen vagen Ausdruck wie "80% oder 70%" für die "hochgradige" Wahrscheinlichkeit verwendet, gibt es z.B. Ito, S. a.a.O. Fn. (3). S. 164., S. 172. Tanno, Tatsu. "Minji soshou ni okeru benron no kinou - shuyou jijitsu to kansetsu jijitsu o megutte - {die Funktion der Gerichtsverhandlung bei dem Zivilprozess - um die Haupttatsache und die mittelbare Tatsache -}" ↗

nicht in Stein gemeißelt ist und sie zwischen 70% und 80% schwankt, ist sie insoweit angreifbar, als die hochgradige Wahrscheinlichkeit kein ausreichend präzises Kriterium ist.

Bezüglich der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit kann man darüber hinaus kritisieren, dass sie als objektives "Kriterium" des Beweismaßes nicht in Frage kommt, weil sie nicht in der Lage ist, die divergierenden Ansichten zu vereinheitlichen.

Darüber hinaus, selbst wenn man die hochgradige Wahrscheinlichkeit gemittelt als über 75% vereinheitlicht hätte, ist die Messung der Angemessenheit, in welchem Grad sie liegt, schwieriger als die Beurteilung bei dem Grundsatz des Übergewichts des Beweises. Dies gilt insbesondere dann, wenn man die beiden Seiten einfach mit dem "sicherer scheinenden (*more likely than not*)" Kriterium vergleicht. Auch in diesem Punkt ist die hochgradige Wahrscheinlichkeit als nicht präzise genug wiederum kritisierbar.

Zum Punkt (2) kann man als Gegenargument sagen, dass es kein Problem für die Beseitigung der zufälligen Faktoren gibt, wenn man den Grad der Aufklärung der Sache erhöht und die Tatsache durch den sicheren Beweis festlegt. Auch bei der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit können die zufälligen Faktoren der einzelnen Fälle, also ob man nur bis 79% oder doch 80% nachweisen konnte, in Zusammenhang stehen. Darüber hinaus, weil die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit, wie oben erwähnt, das Kriterium ist, dessen Grad schwierig zu messen ist. Es besteht die Gefahr, dass ein unbeabsichtigter Spielraum entsteht, den Richter hinsichtlich der Wahrscheinlichkeitsbeurteilung einer Tatsache für über 80% mit eigenen Kriterien ausfüllen. Dies würde dazu führen, dass so die Urteile unterschiedlicher Richter divergieren. Man kann also den Punkt als problematisch sehen, dass die zufälligen Faktoren nach dem Grad der Beweiswürdigung von Richtern leichter in Zusammenhang kommen.

Dem Kritikpunkt (3), dass die Theorie des Übergewichts des Beweises die erhebliche Erweiterung der Grundlage des Anspruchs hervorbringt, kann man entgegenhalten, dass der materielle Grund darüber auch im Vergleich der bisherigen Praxen der Rechtsprechungen nicht klar ist, ob die "unangemessene" sowie "erhebliche" Erweiterung in der Grundlage des Anspruchs tatsächlich entsteht. Man kann auch das Gegenargument vorbringen, dass es sogar wünschenswert ist, wenn der zu rettende Fall gerettet wird, weil das Unrecht eher problematisch war, dass der klägerischen Partei nicht abgeholfen wird, wenn man sich auf die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit in einem solchem Fall beruft, bei dem der Beweis absolut mangelt. Darüber hinaus kann man als großes Problem den Punkt nennen, dass die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit gegen den Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozesses, verstößt. Diese Theorie erlegt die einseitige Belastung des Beweises dem auf, die die Beweislast trägt, und setzt so die Nicht-Gleichberechtigung zwischen den Prozessparteien voraus. Zu der Kritik (4), dass sie die Regel der Beweislast unnötig macht, kann man darauf hinweisen, dass sie genau das Gegenteil bewirkt. Sie

↘ Housou Jihou. Band 45. Nr. 1. S. 25. Fn. (38). (1993). Funakoshi, Takashi. *Jitteihou chitsujo to shoumei sekinin* (Shogakusha, 1996) S. 12f.

macht die Regel der Beweislast also nicht unnötig, sondern führt umgekehrt dazu, dass die subjektiven Beweislast bei den Prozessparteien in der Verhandlung eine größere Rolle spielt. Darüber hinaus kann man noch nennen, dass die Wichtigkeit der Beweislast mit dem Verhandlungsablauf zunimmt, etwa weil der Grad der Aufklärung steigt. Damit steigt auch die Möglichkeit, im Vornherein tatsächliche Unklarheiten auszuräumen, weil von den Prozessparteien verlangt wird aktiver zu agieren.

2.2.2 Die Kritik und ihre Angemessenheit der Theorie des Übergewichts des Beweises gegen die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit

Als ersten Kritikpunkt die von Vertretern der Theorie des Übergewichts des Beweises gegen die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit ins Feld geführt wird, ist die Unangemessenheit zu nennen, das politische Urteil des Schutzes des jetzigen Zustandes in die Phase der Wahrheitsfindung hineinzubringen, die objektiv sein sollte. Bei dem Zivilprozess kommen zwar die Filter namens Dispositionsmaxime sowie Verhandlungsmaxime durch die Parteiautonomie zum Einsatz, aber für die Tatsache, über die die Parteien nach ihrem Vorbringen und der Beweisaufnahme immer noch streiten, ist es immer noch in der Phase, wo man auf den Beweisen und mittelbaren Tatsachen beruhend objektiv die Wahrheit entdecken und die Tatsache feststellen soll.

Man kann darauf gründend also die Frage, ob man einer Partei zusätzlich dadurch belastet dass man "den Schutz des jetzigen Zustandes" durch das Verbot der Selbsthilfe beifügt. D.h. das politische Urteil (den Gesichtspunkt der Vermeidung der mißbräuchlichen Klage) zu der Norm des Beweismaßes in der Phase beifügt, die die "letzte" Verhandlungsstufe, wo man den Gerichtshof um das objektive sowie neutrale Urteil bitten soll, also die Phase der Auswertung des Beweises ist.

Aus prozessökonomischen Gründen sollte eine missbräuchliche Klage bereits zum Zeitpunkt des Klageeingangs bei Gericht vermieden werden können. Um eine missbräuchliche Klageerhebung zu vermeiden. Um dies zu erreichen und den Schutz des status quo zu gewährleisten, sollte es möglich sein, das System einzuführen, dass rechtsmissbräuchliche Klagen schon als unzulässig abweist. Dies ist beispielsweise in gesellschaftsrechtlichen Prozessen möglich. Weiterhin besteht die Möglichkeit, der Klägerpartei einen hohen Prozesskostenvorschuss aufzuerlegen (vgl. z.B. japanisches Gesellschaftsrecht § 847 Abs. 1 S. 7).

Im Vergleich zu den USA, wo man das Übergewicht des Beweises annimmt²⁹⁾, gibt es in Japan folgende Mechanismen: (1) der Preis der Steuermarke wird höher nach dem Streitwert, anders als in den USA, wo die Prozeßkosten niedrig und einheitlich sind, (2) das System des hohen Erfolgshonorars (*contingent fee*) als Alternative zum bestehenden Systems, dass die jeweiligen Parteien die Anwaltsgebühren im Grunde unabhängig vom Gewinnen oder Verlieren des Prozesses tragen, ist nicht anerkannt, (3) das Mittel der Beweisbeschaffung der

29) Vgl. z.B., Tamura, Yoko / Kyoko Ishida. "Chap.4 Commercial Litigation • Arbitration". Luke Nottage. Hrsg. 1. *Business Law in Japan* (2008) S.321-347.

Partei ist vor und nach der Einreichung der Klage hindurch eingeschränkt. Dadurch stehen die Einrichtungen schon mehr als genug bereit, um die missbräuchliche Klage zu vermeiden, so dass man in Zweifel zieht, ob sogar der Anreiz, einen gerechten Prozeß zu betreiben, in Japan durch diese Einrichtungen verhindert wird.

Dass die Bürger von einer Klageerhebung Abstand nehmen, gründet sich auf den Prozesskosten, den Anwaltsgebühren, der geringen Anzahl von Richtern oder weil sich die Bürger vom Gericht keinen ausreichenden (Rechts-)Schutz versprechen. In dieser Diskussion ist die Frage der Höhe des Beweismaßes nicht enthalten.³⁰⁾

Es besteht folglich kein Zusammenhang zwischen unnötigen Prozessen oder missbräuchlichen Klagen und dem Beweismaß.

Zweitens, wie die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit den Sinn "des jetzigen Zustandes" im Kontext des Schutzes desselbigen auffaßt, scheint problematisch zu sein. Weil es m. E. sehr verschieden sein wird, was "der Schutz des jetzigen Zustandes" bedeutet, eigentlich je nachdem wie man "den jetzigen Zustand" auffasst.

Auch bei dem materiell-rechtlichem System der Verjährung wird das Konzept "Schutz des jetzigen Zustandes" ausgehängt. Aber der Hauptgedanke hierfür ist Folgendes: Nachdem man den widerrechtlichen Zustand eine "zeitlang" liegen ließ, ist es gegenüber "der jetzigen gesellschaftlichen Ruhe" eher schädlich erst jetzt, viel später, das Recht auszuüben und in den Prozess einzutreten, obwohl man das Recht lange Zeit vernachlässigt hat. Auf diesen Gesichtspunkt beruhend schützt man diesen lang andauernden unrechtmäßigen Zustand als "ruhigen" jetzigen Zustand und schützt nicht denjenigen, der auf dem Recht „verschlief“.

Daher muss die Auffassung des Sinnes des Schutzes des jetzigen Zustandes beim System der Verjährung selbstverständlich anders sein als die Auffassung des Sinnes "des Schutzes des jetzigen Zustandes" bei der Überlegung, wie das prozessrechtliche Beweismaß in solchem "gesellschaftlich unruhigen" jetzigen Zustand sein soll, wie z.B. die Parteien gerade um den Fall streiten und den Prozess führen, "gleich nachdem" der Fall sich ereignete.

Wenn beispielsweise jemand, der ursprünglich gesund war, aber von dem unachtsam gefahrenen Auto überfahren und verletzt wurde, die Beanspruchung des Schadensersatzes sofort bei dem Gericht aufgrund der Deliktshandlung im Streit mit der Fahrperson über die Frage der Entschädigung wie Heilbehandlungskosten u.a. einreicht, dann bedeutet der hier zu schützende "ruhige" "Zustand" den kerngesunden Zustand mit allen Gliedern vor der Verletzung. Es so zu verstehen ist m. E. nach eher angemessen.

Das heißt, dass es in der Zeit gleich nach dem Unfall sein kann, dass die Umgebung der Straße beschädigt ist, und dass die Bewohner in der Nähe sowie die Benutzer der Straße unter dem Einfluss des Unfalls stehen. Also sind nicht nur die Parteien, sondern auch die gesamte Gemeinschaft in Aufruhr. Weil die Gemeinschaft eine Weile (vermutlich in einem durch die erlöschende Verjährung bestimmten Zeitraum als rechtlich fiktiver Maßstab) "nicht

30) Vgl. z.B. Tamiya, Yu. "Dai 13 shou Nihonjin to saibansho - houishiki {Kapitel 13 Japaner und Gerichtshof - Rechtsbewusstsein}". *Nihon no Saiban* [2. Auflage] (Kobundo, 1995) S. 198f.

beruhigt" bleiben, ist es auch aus dem Gesichtspunkt des materiell-rechtlichen Rechtsschutzes der Partei einfacher, es so zu verstehen, dass der Schutz des jetzigen Zustandes hierfür den "ruhigen" jetzigen Zustand vor dem Eintreten des Unfalls, d.h. den Schutz "der Wiederkehr des ursprünglichen Zustandes (*ad integrum*)" bedeutet.

Eventuell sollte man ehrlich die Frage äußern, ob es eigentlich notwendig ist, den jetzigen Zustand gleich nach dem Eintreten der objektiv widerrechtlichen Sachlage zu schützen.³¹⁾

Man sollte darauf Rücksicht nehmen, dass der Schutz des jetzigen widerrechtlichen Zustandes unter dem Verjährungssystem eine exzeptionelle Einrichtung in dieser speziellen Situation ist, wobei es angemessener geworden ist, den widerrechtlichen Zustand eher aus der Vergangenheit zuzulassen.

Bei dem gewöhnlichen Prozess ist die Angelegenheit im Allgemeinen vor dem Eintritt der Verjährung. Des Weiteren ist die gesellschaftliche Ruhe durch den widerrechtlichen Zustand gebrochen und noch nicht beruhigt. Daher muss der Sinn "des Schutzes des jetzigen Zustandes" - unter dem Gesichtspunkt der "gesellschaftlichen Ruhe", nicht als "Schutz des widerrechtlichen Zustandes", sondern als eigentliche "Restitution aus dem widerrechtlichen Zustand" - mit dem wesentlichen Inhalt von dem Schutz "des ursprünglichen Zustandes" vor dem Eintreten des Falls aufzufassen sein. Die Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit ist m. E. in dem Punkt nicht angemessen, dass sie, was den Schutz des jetzigen Zustandes betrifft, das Gewicht auch bei dem gewöhnlichen Prozess eher auf den Schutz "des widerrechtlichen Zustandes" gleich nach dem Eintreten des Falls legt.

Dann scheint es noch den Spielraum geben zu können, den Hauptgedanke "des Schutzes des jetzigen Zustandes" für angemessen zu halten, wenn man ihn im Sinne "der Vermeidung der missbräuchlichen Klage", d.h. als "wer etwas vor das Gericht bringt und streitet, soll zunächst in einem gewissen Grad nachweisen, dass es eine angemessene Klage ist" interpretieren würde. Selbst wenn das so wäre, erweckt dies als nächstes - wie bereits in der ersten Kritik erwähnt - den Zweifel daran, solche politischen Gesichtspunkte wie etwa "die Vermeidung der missbräuchlichen Klage" in das Beweismaß, i.e. die letzte Phase der Prozessverhandlung und zwar in die Phase der objektiven Wahrheitsfindung widerspiegeln zu lassen.

Drittens kann man darauf hinweisen, dass man die Gleichheit sowie die Billigkeit zwischen den Parteien auch bei der Tatsachenfeststellung erstreben sollte, weil die Parteien bei dem Zivilprozess grundsätzlich gleichberechtigt sind. Man spricht sicherlich von dem

31) Kato, Shintaro et. al. "<Gesprächsrunde> Das Beweismaß bei dem Zivilprozess". *Hanrei Taimuzu* Nr. 1086 S. 17. (2002). [die Äußerung von Kazuhiko Yamamoto] äußert auch die Frage, ob man dies auch unter dem Aspekt betrachten kann, dass "beispielsweise bei dem Unfall durch das Überfahren von Auto der jetzige Zustand der klägerischen Partei geändert wurde, wenn man sehr faktisch denkt", sowie auch die Frage, "ob man allgemein wohl nicht sagen kann, dass die hochgradige Wahrscheinlichkeit unbedingt notwendig sei, weil der jetzige Zustand geändert werde". Die Äußerung scheint, den gleichen Inhalt wie oben zu haben.

Grundsatz der Waffengleichheit in Bezug auf die Phase der Beweisbeschaffung während der Verhandlung. Es ist aber fraglich, warum man andererseits kein Problem darin sehen möchte, wenn man die einseitige Beweislast nämlich die hochgradige Wahrscheinlichkeit auf die eine der Parteien bei der letzten Phase der Auswertung der Beweise legt.

Wie bisher ausgeführt ist es in Japan bzw. in Deutschland zu einem sehr wichtigen Problem geworden, auf welcher Seite der Parteien die Aufteilung der Beweislast liegt, weil das notwendige Beweismaß hoch ist. Daher kritisiert man auch den Punkt, dass "die Aufteilung der Beweislast zu sehr gewichtet wird".³²⁾ Weil es m. E. nächstliegend ist, möglichst objektive Beweise im Verlauf des Prozesses festzulegen und die Aufklärung der Sache vor Gericht zu erstreben, damit man das Gewinnen und das Verlieren des Prozesses nicht mittels der objektiven Beweislast zu entscheiden braucht.

Hinzu werden noch mehr Situation entstehen können, in denen man die zu beweisende Tatsache nicht nachweisen kann und den Prozess verlieren muss, wenn man die hochgradige Beweislast auf eine Seite der Parteien in Japan legen wird, weil das Instrument der Beweisbeschaffung der Parteien bei dem Zivilprozess in Japan sehr eingeschränkt ist. Das verstößt aber m. E. auch gegen die verfahrensmäßige Gerechtigkeit (*due process*)³³⁾.

Bei dem Strafprozess trägt der Staatsanwalt die Beweislast einseitig. Das ist deshalb so, weil er als staatliches Organ enorm starke Ermittlungsfähigkeit bzw. Ermittlungsbefugnis bekleidet (inne hat). Weil es bei dem Zivilprozess dagegen grundsätzlich um die Streitigkeit zwischen Privatpersonen geht, ist es nicht angemessen, dass eine der Parteien die einseitige Beweislast trägt.³⁴⁾

Bei dem strafrechtlichen Fall, in Bezug auf den Staatsanwalt als staatliches Organ, wird noch der Schutz des Menschenrechts der angeklagten Person einseitig zum wichtigen Problem. Bei dem zivilrechtlichen Fall kann die Forderung des verfassungsrechtlichen Schutzes des Menschenrechts als Recht auf Zugang zu den "für die beiden Parteien gleichbehandelnden" Gerichten, in Frage kommen. Das heißt, die Forderung der verfassungsrechtlichen verfahrensmäßigen Gerechtigkeit muss an "die beiden Parteien" "gleich" gehen.

Viertens, die vielen Befürworter der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit erkennen die Herabstufung des Beweismaßes nach dem individuellen Ermessen des Richters bei einzelnen (*ad hoc*) Fällen auf konkreten Umständen z.B. der Schwierigkeit des Nachweisens beruhend an, wenn auch dies als Ausnahme eingeräumt wird. Darüber hinaus sind folgende Kritiken möglich: (1) Dadurch, dass man das politische Urteil bei einem Fall wegen der Schwierigkeit des Nachweisens der Tatsachen der Streitpunkte fällt, wird

32) Ito. a.a.O. Fn. (24). S. 8.

33) Die verfahrensmäßige Gerechtigkeit kommt besonders im strafrechtlichen Fall in Frage bei der rechtlichen Verordnung zur Ausschließung der widerrechtlich beschaffenen Beweise und bei der Phase des Zeugnisverweigerungsrechts. Die verfahrensmäßige Gerechtigkeit als Forderung des fairen und adäquaten Verfahrens ist auch bei dem zivilrechtlichen Fall wichtig, zusammen mit der materiellrechtlichen Gerechtigkeit. Vgl. Kobayashi. a.a.O. Fn. (20). S. 10.

34) Ito. a.a.O. Fn. (24). S. 12.

das Beweismaß plötzlich herabgestuft und es besteht die Gefahr, dass die eine Seite ohne Beweislast die nachteilige Tatsachenfeststellung bei dem Fall bekommt. Das wird eher zu dem Mangel an der rechtlichen Sicherheit führen. (2) Dass man das individuelle Ermessen des Richters über das Beweismaß zulässt, verstößt eigentlich gegen die normative Rolle des Beweismaßes, das dazu existieren soll, um die Tatsachenfeststellung sicher und objektiv zu machen.

Das heißt, dass das Beweismaß im Prozessfall so zu sagen "etwas wie die Kette zur Kontrolle der Tatsachenfeststellung des Richters" ist. Wenn man aber zulässt, dass der Richter das Beweismaß nach dem eigenen Ermessen für die einzelnen Fälle ändern kann, wird dies dazu führen, dass "derjenige, der an die Kette gebunden ist, selbst die Länge der Kette ändern kann". Dann wird der Grundsatz des Beweismaßes als Norm des Gerichtes nicht funktionieren.

Fünftens, die vielen Befürworter der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit stellen wiederum einerseits das Beweismaß auf einen hohen Grad ein, andererseits erkennen sie schließlich die Berichtigung der Auflage der Beweislast bei der Prozessart mit dem Informationsgefälle an, indem sie ausnahmsweise die Billigkeit der Parteien als Grund einbringen und z.B. "die Aufklärungspflicht" auch auf die andere Partei legen, um auf die Erleichterung der Auflage des Nachweisens der Partei, die die Beweislast trägt, zu zielen.³⁵⁾ Trotzdem kann man daran kritisieren, dass der Grundsatz der Billigkeit zwischen den Parteien in allen Phasen des Prozesses hindurch, inklusive des Ablaufs der Tatsachenfeststellung, aufrechterhalten bleiben soll, und dass der Grundsatz der Billigkeit der Partei der Ausgangspunkt der Diskussion über die Norm des Beweismaßes werden soll.

Daraus schließend ist es m. E. zutreffend, zu der Norm des Beweismaßes keinen politischen Standpunkt wie den Schutz des jetzigen Zustandes zwecks der Vermeidung der missbräuchlichen Klage hinzuzufügen, sondern für die objektive Wahrheitsfindung auf dem Grundsatz der Billigkeit zwischen den Parteien beruhend nach der Nivellierung der Kosten des Fehlurteils zu streben. Deshalb soll "das Übergewicht des Beweises" m. E. als Argument des Grundsatzes angemessen sein.³⁶⁾

35) Z.B. als Arbeit, die die Notwendigkeit der Sachaufklärungspflicht erläutert: Kasuga, Ichiro. *Minji shouko hou ron* (Shojihomu, 2009) S. 242f. Als Arbeit, die die Herabstufung des Beweismaßes ausnahmsweise bei Lebensraum- bzw. Umweltverschmutzungsfällen sowie bei Fällen in der Heilbehandlung anerkennt: Matsumoto / Ueno. a.a.O. Fn. (27). S. 387f.

36) Außerdem, wenn die Gleichheit des Machtverhältnisses zwischen den Parteien eigentlich die Waage nicht hält, wie eine Privatperson das Großunternehmen anklagt, steht die Ungleichheit des gesellschaftlichen Status im Hintergrund. In einem solchem Fall soll es zugelassen werden, die Norm des Beweismaßes ausnahmsweise zu ändern, indem man z.B. politisch die Vermutungsnorm einrichtet. Auch wenn der Geschädigte als Kläger grundsätzlich die Beweislast im Prozess der Deliktshandlung nach jBGB §709 zu tragen hat, soll es auch zugelassen werden, die Vermutungsnorm für den Prozess der Deliktshandlung des modernen Typs durch das Sondergesetz (z.B. das Produkthaftungsgesetz) festzusetzen, oder das Beweismaß weiter niedriger als "das Übergewicht des Beweises" durch die faktische Vermutungsthese herabzustufen (die Beweislast umzuwandeln).

Kapitel 3 Der Tatsachennachweis und das Beweismaß

In diesem Kapitel wollen wir den Sinn und die Rolle der Norm des Beweismaßes in Bezug auf den gesamten Mechanismus des Nachweisens der Tatsache in allen Verhandlungsabläufen hindurch überprüfen, wobei wir die in dem vorigen Kapitel durchgeführte Überprüfung der einzelnen und konkreten Norm des Beweismaßes im Kopf behalten. Als Prämisse führen wir zunächst die Einbettung der Tatsachenfeststellung in der gesamten Struktur des Gerichts durch.

3.1 Einbettung der Tatsachenfeststellung in der gesamten Struktur des Gerichtes

Eigentlich lässt sich die Situation des Gerichtes grob (1) in die Phase der Tatsachenfeststellung und (2) in die Phase der Anwendung des Gesetzes teilen. Der theoretische Verlauf der gerichtlichen Entscheidung lautet: (1) was die Struktur der Tatsachenfeststellung betrifft, wird durch das Urteil über das Vorhandensein der voraussetzenden Tatsache aufgrund der Struktur der Schlussfolgerung durch mittelbare sowie unmittelbare Beweise gefällt. Darauf folgend wird bestimmt, (2) ob die Gesetze und Verordnungen angewandt werden je nach dem, ob die voraussetzende Tatsache vorhanden ist und so wird das Urteil über den Fall gefällt.

Bei dem wirklichen Gericht sieht es jedoch so aus, dass die Richter die endgültige Tatsachenfeststellung umfassend würdigen sowie die Rechte vergleichen und abwägen anhand des Gesichtspunktes, welche der Parteien die richtige Behauptung aufstellt. Deshalb, weil man nämlich so denken kann, dass die Richter, die das Gericht durchführen, in ihrem gründlichen Bewusstsein die Richtigkeit des Falls aus dem neutralen Standpunkt beurteilen und schließlich vergleichen sowie abwägen, bei der Zivilsache anhand des Gesichtspunktes, welche Partei richtiger ist und bei der Strafsache anhand des Gesichtspunktes, ob der Fall schuldig oder nicht schuldig ist.³⁷⁾

Das heißt, dass man sich vorstellen kann, wie die "Waage", die "Justitia", die Statue der Göttin der Justiz und Gerechtigkeit (*justice*), hält, dass das Gericht ein Verlauf ist, in dem der Gerichtshof darüber das Urteil fällt, welche Partei dazu schließlich anerkannt wird das überwiegende Recht (die umfassende Würdigung der Tatsache) zu besitzen, durch die Aktivität der jeweiligen Partei, dass sie einzelne für sich vorteilhafte Beweise (das Gewicht) dem Gerichtshof vorlegt (auf die jeweilige Waagschale der Justiz legt).

Bei dem Zivilfall ist der Grundsatz, dass die Parteien gleichwertig sind. Daher hat man die Vorstellung, dass man die Waagschale ohne Gewicht (Belastung) auf die beiden Seiten

37) Nach Naohisa Hirota, "Saibankan no shinshoukeisei to sinshou no kaiji {Die Bildung der Beweiswürdigung und die Offenbarung der Beweiswürdigung des Richters}". *Yoshimura Tokushige Koki - Benron to Shoukoshirabe no Riron to Jissen* (Horitsubunkasha, 2000) S. 443., seien diese der Vergleich und die Abwägung "des Übergewichts der Rechte".

der Waage vorbereitet und die Gerichtsverhandlung eröffnet. Bei dem Straffall folgt man dem Grundsatz "im Zweifel für den Angeklagten (*in dubio pro reo*)". Das Gericht startet von dort, wo das große Gewicht "der Nichtschuldvermutung" auf der Waagschale der Angeklagtenseite von Anfang an liegt (Belastung aus dem politischen Gesichtspunkt), und die Waage sich auf die Angeklagtenseite vorteilhaft neigt.

Bei dem Straffall muss die Seite der Staatsanwaltschaft die detaillierten Tatsachen über die Zeit, den Ort sowie die Art u. a. des Falls aufeinander stapeln und die schuldige Waagschale schwerer machen. Und wenn die Waage deutlich den Zustand zeigt, sich auf die schuldige Seite zu neigen, heißt dies, dass sie "das den rationalen Zweifel übertreffende Beweisen (*proof beyond a reasonable doubt*)" erreicht hat.

Andererseits, wenn man den Grad der Überzeugung des Richters bei der Tatsachenfeststellung in Zahlen ausdrücken will, kann man zu solch einem Ausdruck kommen wie z.B., dass man eine 60 prozentige Überzeugung bei dem Fall A haben könnte oder eine 80 prozentige Überzeugung bei dem Fall B. Das ist jedoch durchaus eine Frage im Rahmen der freien Überzeugung bei der Beweiswürdigung und hierfür ist die Vorsicht darauf notwendig, dass es hier nicht um einzelne voraussetzende Tatsachen, sondern eher nur um die Frage geht, wie viel Selbstvertrauen der Richter in seiner Lesung des Maßstabs der Waage der freien Überzeugung bei der Beweiswürdigung hatte. Es gibt folgende Erläuterung zu der Beziehung zwischen dem objektiven Beweismaß und der subjektiven Überzeugung des Beweismaßes: "das ist gleich, wie ein Werfer der Baseball-Mannschaft, der das Spiel fünf zu drei gewann, zu seiner Tagesleistung »80 Punkte« sagt."³⁸⁾ Man kann jedoch sagen, dass der Grad des Selbstvertrauens des Richters zu seiner Beurteilung eigentlich außerhalb der objektiven Tatsachenfeststellung stehen soll.

Folglich soll man denken, dass die Zahl, die dem Grad der Beweiswürdigung des Richters den Ausdruck gibt, an seiner Beurteilung, die eine Vorstellung des Grades des innerlichen Selbstvertrauens des Richters ist, nicht direkt angekoppelt werden soll (sie ist nur etwas theoretisches).

Hinzufügen möchte ich noch, dass in einer Situation, wie die Feststellung der Schadenskosten bei dem Zivilfall (jZPO § 248, dZPO § 287) ist, das Subjekt des Richters mit der objektiven Einschätzung des Geldbetrags zusammenhängen kann. Dazu gibt es jedoch die Frage, ob die Einschätzung des Geldbetrags doch eine juristische Einschätzung und nicht die Tatsachenfeststellung sei. Hierbei handelt es sich um eine speziell exzeptionelle politische Einrichtung, um die Urteilsunfähigkeit zu vermeiden. Daher soll das Subjekt des Richters m. E. die Beurteilung der Tatsachenfeststellung an sich nicht direkt beeinflussen.

Auch anhand dieses Punktes kann man sagen, dass man die Beurteilung über die streitigen Tatsachen möglichst objektiv vornehmen soll.

38) Hirota. a.a.O. S. 443.

3.2 Der Mechanismus des Nachweisens und der Grundsatz des Beweismaßes bei dem Zivilprozess

3.2.1 Anordnung der Begriffe über das Beweismaß

Es ist gut, die Tatsachenfeststellung möglichst objektiv durchzuführen. Dafür ist es notwendig, sich mit dem Mechanismus des Nachweisens objektiv zu befassen. Aus Grund dieses Gesichtspunktes wollen wir die Einbettung des "Beweismaßes" in dem Mechanismus des Nachweisens überprüfen.

Erstens, wir sollen den Begriff über das Nachweisen der Tatsache, m. E. feinmaschiger in vier Begriffsstufen teilen, nämlich in "Aufklärungsmaß"³⁹⁾, "Überzeugung des Aufklärungsmaß", "Beweismaß" und "Überzeugung des Beweismaß" und darüber nachdenken, um den Mechanismus des Nachweisens aufzuhellen.

Zweitens, wir denken darunter vor allem, dass wir das "Beweismaß", das sich auf das Vorhanden- und Nichtvorhandensein des Beweises in der letzten Phase der Verhandlung bezieht, als wichtigen Begriff auffassen sollen, der die Tatsachenfeststellung entscheidet. Wir denken, dass es sich bei dem "Beweismaß" des Richters durchaus nur um die subjektive Überzeugung (den Grad des Selbstvertrauens über die Tatsachenfeststellung) des Richters handelt (die Theorie Otas setzt das Beweismaß und die Überzeugung des Beweismaßes gleich, aber ich unterscheide diese theoretisch voneinander).

Drittens, wir verstehen unter dem "Aufklärungsmaß" und der "Überzeugung des Aufklärungsmaßes" eine objektive Seite als Ergebnis sowie Erfolg des Aktes des Nachweisens bei dem Verhandlungsablauf und eine subjektive Seite als Grad des Selbstvertrauens des Richters, der darauffolgend das Urteil fällte. Das "Aufklärungsmaß" der Tatsache bedeutet, dass die Gefahr, dass das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme durch das neue Beweis umgekippt, nur geringfügig besteht. Das lässt sich auch "die Sicherheit des Verhandlungsergebnisses" nennen und gibt dem reifen Zustand für die endgültige Verhandlung den Ausdruck.⁴⁰⁾

Es kann jedoch als voraussetzendes Problem auch die Frage gestellt werden, ob der Begriff Aufklärungsmaß (der Grad der Notwendigkeit der Durchführung der Verhandlung) notwendig wäre. Über das Aufklärungsmaß denkt man folgendermaßen: im weiteren Sinne bedeutet es den für die Aufklärung der Sache notwendigen Grad, der durch das Vergleichen und Überlegen der für den Prozess notwendigen Zeit sowie der Kosten und der Wichtigkeit des Streites bei einzelnen Stufen des gesetzlichen Konstruktes, des Sachvortrags sowie der Beweisaufnahme bestimmt wird; im engeren Sinne bedeutet das Aufklärungsmaß jedoch den Grad, bei dem die Sache den zum Aufschluss führenden Zustand erreicht, ohne dass das Ergebnis gewendet wird, wenn auch weitere Beweise nachträglich erscheinen. Daher folgern wir daraus, dass der Begriff des Aufklärungsmaßes notwendig ist, um den Verlauf in der

39) Ota, Shozo. *Saiban ni Okeru Shoumeiron no Kiso* (Kobundo, 1982) S. 105f.

40) Ota. a.a.O. S. 105f.

Folge der Verhandlung und die Phase der Auswertung der Beweise voneinander zu trennen.⁴¹⁾

Außerdem denkt z.B. Prof. Miki über das Beweismaß, dass das Aufklärungsmaß bzw. die Überzeugung des Beweismaßes das "Vertrauensmaß" verbindet und diese beinhaltet, aufgrund der Wirklichkeit, dass praktisch nicht alle Beweise im Gericht überprüfen werden können.⁴²⁾ Auch der ehemalige Richter Kurata ist der Meinung, dass der Begriff Aufklärungsmaß (Beweisausschöpfungsmaß) neben dem Beweismaß notwendig sei, und lässt zu, dass das Beweismaß je nach dem Aufklärungsmaß (Beweisausschöpfungsmaß) bis zu dem Grad der 60% sinkt.⁴³⁾ Wie in diesen Meinungen geäußert wird, angesichts der wirklichen Situation, dass man das endgültige Urteil beim Gericht dort fällen muss, wo man noch nicht alle Beweise überprüft, ist der Begriff wie das Aufklärungsmaß m. E. notwendig als Kontrollstufe, die zur endgültigen Auswertung der Beweise führt.

Viertens, die bisherige allgemeine Ansicht versteht das Beweismaß so, dass es die hochgradige Wahrscheinlichkeit benötigt. Wir sollen jedoch so denken; was den hohen Grad benötigt ist nicht das Beweismaß, sondern eher das Aufklärungsmaß.

Eigentlich widerspiegelt die subjektive Beweislast (alias Verantwortlichkeit der Beweisvorlage) die objektive Beweislast. Wenn man das Übergewicht des Beweises für das endgültige Nachweisen zulässt, führt dies dazu, dass die beiden Parteien die Verantwortlichkeit der Beweisvorlage gleich tragen und dazu, dass jede Partei die Verantwortlichkeit trägt, mehr vorteilhafte Beweise als Gegenpartei vorzulegen. Als Ergebnis folgt daraus, dass der Akt des Nachweisens der beiden Parteien aktiv wird und das Aufklärungsmaß der Sache in der Verhandlung im Lauf des Verhandlungsverlaufs erhöht. Wir verstehen hier, dass die beiden Parteien es nötig haben, die Verantwortlichkeit der Beweisvorlage zu erfüllen bis das Aufklärungsmaß für die Aufklärung der Sache genügend wird (z.B. bei dem Zivilprozeß kann man grundsätzlich sagen, dass die Gelegenheit zu dem Gericht genügend reif geworden sei, wenn der Zustand erreicht würde, dass etwa 70% bis 80% der auf der Welt existierenden Beweise theoretisch vorgelegt würden).⁴⁴⁾

Das Aufklärungsmaß (der Grad der Notwendigkeit der Durchführung der Verhandlung)

41) Das Aufklärungsmaß ist auch wichtig als Kriterium für die Unterscheidung zwischen der Evidenz und dem Beweis. Was die Evidenz betrifft, so darf deren Aufklärungsmaß niedrig sein, weil sie nur für solches gilt, dessen Art der Beweisführung sofort untersucht werden kann, also für den vor Gericht aufgetretenen Zeugen bzw. für die Dokumente im Besitz der Partei (jZPO §188). Für den Beweis gibt es keine solche Einschränkung (vgl. Ito, Makoto. "<Hougaku kouen> Shoumei, shoumeido oyobi shoumeisekinin {<Juravortrag> Beweis, Beweismaß sowie Beweislast}" *Houkyou* Nr. 254. S. 40f (2001)).

42) Miki, Koichi. "Kakuritsuteki shoumei to soshoujou no shinshoukeisei {Das probabilistische Beweisen und die Bildung der Beweiswürdigung beim Prozeß}" *Keiougijuku Daigaku Hougakubu Houritsugakka Kaisetsu Hyakunen Kinen Ronbunshuu* Keiou Hougakkai Hen (Keioutsuushin Kabushikigaisha, 1990) S. 676f.

43) Kurata, Takuji. "Minjijitsu nintei to saibankan no shinshou {Die zivile Tatsachenfeststellung und die Beweiswürdigung des Richters}" *Hanrei Taimuzu* Nr. 1076. S. 20f. (2002).

44) Shindo, Koji. *Shin Minji Soshouhou*. 4. Aufl (Kobundo, 2008) S. 501., erklärt mit dem Begriff wie "Beweispunktskriteriumsbereich".

wird jedoch für die einzelnen Sachen durch das Vergleichen und Überlegen der notwendigen Zeit sowie Kosten und der Wichtigkeit des Streites bestimmt. Konkret heißt das, dass man "bei den schwerwiegenden Fällen noch vorsichtiger die Verhandlung durchführen muss", aber bei der anderen Fällen die Verhandlung, aus dem Gesichtspunkt von Kosten vs. Wirkung nur im rationalen Rahmen durchzuführen braucht.⁴⁵⁾

Problematisch sind z.B. die Fälle, die sich auf die Quälerei oder die Belästigung beziehen. Weil viele dieser Fälle sich hinter verschlossenen Türen oder Orten mit wenigen Augenzeugen ereignen, gibt es nur die Beweisaussagen der Person als Beweismittel. Deshalb kommen Fällen vor, bei denen das Aufklärungsmaß der Sache nicht höher werden kann, weil man keine weitere Existenz des Beweises mehr erwarten kann.⁴⁶⁾ Bei diesen Fällen handelt es sich zwar um die schwerer wiegenden Fälle, die das Ergebnis mit sich bringen, dass das Leben und der Tod oder der Lebensweg beeinflusst werden. Man muss aber angesichts der Grenze des Bereichs der in der Welt existenten objektiven Beweisen hinnehmen, wenn auch nur mit den Beweisaussagen der Personen, dass alle in der Welt existenten allgemeinen Beweise ausgestellt worden sind, d.h. das Aufklärungsmaß ausgeschöpft wurde.⁴⁷⁾

3.2.2 Die Relation zwischen dem Verhandlungsablauf der Tatsachenfeststellung und dem Beweismaß

Auf der obigen Anordnung der Begriffe über den Beweis fassen wir den Verhandlungsverlauf zu der Tatsachenfeststellung folgendermaßen zusammen.

Erstens, das Aufklärungsmaß wird dadurch höher, dass die objektive Qualität sowie Quantität des Beweises, die man dem Gericht im Verlauf der Verhandlung vorlegt, höher wird. Wenn der Fall den Zustand erreicht, dass die Beweise auf dieser Welt für den Fall zu gewissem Maß vorgelegt wurden, werden die Richter in der Lage sein, die Tatsachen mit den dem Gericht vorgelegten Beweisen zu beurteilen und das endgültige Urteil zu fällen, ob die Tatsache vorliegt oder nicht (das Urteil über die Existenz der Beweise). Folglich wird "die Gelegenheit reif, die Verhandlung durchzuführen" (jZPO § 243 Absatz 1).

Zweitens, darauffolgend nehmen die Richter umfassend die Bewertung aufgrund der von beiden Parteien vorgelegten Beweisen, unter dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung,

45) Ito, Shigeo. a.a.O. Fn. (3). S. 165f.

46) Hier wird um die Aufmerksamkeit darauf gebeten, dass das Aufklärungsmaß anders ist als der Grad, und dass alle Beweise mit dem Informationswert ausgestellt worden sind (Beweisausschöpfungsmaß) (vgl. Ota. a.a.O. Fn. (24) S. 105.).

47) Richter Kato erzählt von seiner Erfahrung: gleich nach dem er Assistenz-Richter wurde, war er am Anfang seines Dienstes für die Strafprozesse zuständig. Danach, als er für die Zivilprozesse zuständig wurde, hatte er den Eindruck: "wenn ich die Akten lese, gehören sie alle als unbegründet abgewiesen". Wenn er aber dachte, dass man bei dem Zivilprozess "sehen muss, in wie weit man mit vorhandenen Beweisen schlussfolgern und die These der Beweiserhebung aufstellen kann", und dass man "die Beweiswürdigung bilden soll, während man auch auf die wirkliche Möglichkeit, die Beweise zu gewinnen, seine Augen offen hält", merkte er, dass es verdächtig ist, diese alle zum Abweisen als unbegründet zu betrachten (vgl. Kato et al. a.a.O. Fn. (31). S. 13. [die Äußerung von Shintaro Kato]).

vor. Die Richter beurteilen den Grad des Beweises der Menge von Haupttatsachen anhand des Gesichtspunktes der Billigkeit der Parteien aufgrund des Grundsatzes "des Übergewichts des Beweises". Wenn die relative gesamte Quantität der Beweise der einen Partei, die die Tatsache behauptet, den Zustand erreicht, die gesamte Quantität der Beweise der streitenden Gegenpartei zu überwiegen, heißt dies, dass das Beweismaß der Tatsache erfüllt ist, und führt zu der Anerkennung der Tatsache, die die sich im Übergewicht befindende Seite behauptet. D.h. man "erkennt die Behauptung über die Tatsache als Wahrheit an" (jZPO § 247).

Tabelle: »die Anordnung um das Beweis der Zivilsache (die Stufenstruktur des Beweises)«

	Der Verlauf während der Verhandlung (Die Phase der Beweisvorlage)	Die Schlussstufe der Verhandlung (Die Phase der Überzeugung)
Der Paragraph der Grundlage	Die Beurteilung, ob "es reif wurde, die Gerichtsverhandlung aufzunehmen" (jZPO §243 Absatz 1, dZPO §300 End urteil)	Die Beurteilung, ob man "die Behauptung über die Tatsache als Wahrheit anerkennt" (jZPO §247, dZPO §286)
Die gesamte Kraft des Beweises (Objektive Seite)	»Aufklärungsmaß« (das Erfüllungsmaß der Qualität bzw. Quantität des Beweises der Tatsachen der Streitpunkte)	»Beweismaß« (der Grad der gesamten Kraft des Beweises, die für die Bewertung des Beweises notwendig ist, inkl. Erfahrungsgrundsatz)
	Der Grad hängt von der Sache ab. Die Partei soll sich bemühen, so dass das Aufklärungsmaß höher wird. Auch der Gerichtshof soll aktiv die Offenbarung der Beweiswürdigung bzw. Aufklärung verfolgen.	(M.E.) Das mehrstufige Beweismaß ist zulässig. Der Grundsatz ist "das Übergewicht des Beweises" nach der Gleichberechtigung der Partei. Für das exzeptionelle Beweismaß wird es das Gesetz einzeln mittels materiellen Rechts gegeben.
Im Inneren des Richters (Subjektive Seite)	»Die Überzeugung des Aufklärungsmaßes« (Der Grad der Überzeugung, dass das Aufklärungsmaß sich erhöht hat.)	»Die Überzeugung des Beweismaßes« (Der Grad der Überzeugung, dass die Wahrscheinlichkeit der Tatsache existiert.)
	Die subjektive Bewertung des Aufklärungsmaßes	Die subjektive Bewertung des Beweismaßes
Die Milderung der Beweislast (Beispiel)	Erweiterung der Einrichtung der Beweisaufnahme, Entwicklung der wissenschaftlichen Beweise	Minderung des Beweismaßes, Umwandlung der Beweislast, Beweisvereitelung

Außerdem werden bei der Beurteilung über jenes Übergewicht die Richter auch die

Überzeugung (die Überzeugung des Beweismaßes)⁴⁸⁾ bekommen. "Die Überzeugung des Beweismaßes" soll nicht als das zu verstehen sein, was für die objektive Tatsachenfeststellung wesentlich notwendig ist. Deshalb ist, weil für den Grad des Selbstvertrauens zu der Tatsachenfeststellung des Richters, wenn die Art und die Jahreszahl der Praxiserfahrung der einzelnen Richter unterschiedlich sind, dann die Möglichkeit selbstverständlich hoch bunt gewürfelt zu sein. Auch deshalb, weil es keine Notwendigkeit gibt und nicht so sein soll, wird zugelassen, dass die Tatsachenfeststellung, die objektiv sein soll, an solch einem intuitiven Stand angelehnt wird wie wir in dem oben erwähnten Beispiel zeigten. Zwischen einem erfahrenen Richter, der jahrelang Zivilfälle verantwortete, und einem jungen Richter, der zum ersten Mal einen Zivilfall zu verantworten hat, dürften die Qualität und Quantität der Praxiserfahrung über die Tatsachenfeststellung sehr unterschiedlich sein. Deshalb könnte ihr Grad der Überzeugung für die jeweilige Beurteilung unterschiedlich sein, auch wenn sie den gleichen Fall verantworteten und zu dem gleichen Urteil kämen. Man kann auch sagen, dass der Grad des Selbstvertrauens ziemlich unterschiedlich sein wird, wenn derselbe Richter das Urteil über ähnliche Fälle an seinem Beginn des Richteramts oder nach jahrelanger Erfahrung fällt.

Auch die "Überzeugung des Aufklärungsmaßes", dem das Aufklärungsmaß gegenüber steht, ist gleichermaßen für die objektive Tatsachenfeststellung wesentlich nicht notwendig, weil wir unter der Überzeugung des Aufklärungsmaßes nur den Grad des subjektiven inneren Selbstvertrauens des für den Fall verantwortlichen Richters verstehen, und zwar sein Selbstvertrauen dazu, dass er das Urteil fällte, obwohl das Aufklärungsmaß des betroffenen Falls genug war oder nicht. Wir bringen hier die Begriffe wie "Überzeugung des Aufklärungsmaßes" und "Überzeugung des Beweismaßes" ein, um die subjektive und objektive Seite der Tatsachenfeststellung zu trennen und zuerst die Begriffe einzuordnen. Hier wird um die Aufmerksamkeit gebeten, dass wir diese Begriffe aufstellen, um extra zu betonen, dass man das subjektive Element wie das Innere des Richters mit der Frage der objektiven Tatsachenfeststellung im Grunde nicht in Zusammenhang stellen soll.

Wenn man von dem innerlichen Begriff "Überzeugung", die das hochgradige Selbstvertrauen des Richters zeigt, nicht loskommt, wird die Tatsachenfeststellung durch einzelne Richter leicht verwackeln. Darüber hinaus ist das Entstehen des Verdachts zu

48) Zu dem Sinn der "Überzeugung" analysiert Prof. Ota, indem er diese in vier Sinne unterscheiden. Sie sind (1) die hochgradige Wahrscheinlichkeit des Themas des Beweises, (2) die hochgradige Sicherheit des Ergebnisses der Verhandlung (das hochgradige Aufklärungsmaß), (3) die Modifikation des Beweismaßes durch die rechtliche Betrachtung, und (4) der subjektiv mentale sowie emotional irrationelle Zustand (Ota. a.a.O. Fn. (39). S. 113). Darauf äußert er, dass man den Begriff "Überzeugung" nicht verwenden solle, weil er mehrdeutig und diffus sei (a.a.O. S. 118). Meiner Meinung nach bedeutet die "Überzeugung" bei dem Beweis einfach den Zustand des subjektiv mentalen Beurteilens des Richters. Die Überzeugung bei dem subjektiven inneren Zustand des Richters steht zwar (4) der Otas Analyse nahe, aber meine Meinung empfindet ein Zögern dabei, sie als irrationellen Zustand auszudrücken (obwohl als Begriff des Gegenteils von "objektiv = rational" möglicherweise "subjektiv = irrational" stünde).

befürchten, dass ein unerfahrener Richter die Tatsachen möglicherweise zu streng feststellen würde, weil ihm das durch die Erfahrung bestätigte Selbstvertrauen fehlt (weil er, extrem gesagt, nicht kritisiert werden möchte, die Tatsache zu leicht festgestellt zu haben).

Noch dazu ist das Innere des Richters eine "Black-Box" und in einem undurchsichtigen Zustand, den man von Außen im Grunde nicht erkennen kann. Dies objektiv zu quantifizieren ist eigentlich schwierig.⁴⁹⁾ Selbst wenn man dies als die Überzeugung von 70% bis mehr als 80% ausdrückt, kann man sie objektiv nachträglich nicht nachweisen. Um zu vermeiden, dass solche unsichere Tatsachenfeststellung entstehen, sollten wir uns nicht auf die innerliche subjektive Überzeugung des Richters verlassen.

Die bisherigen Vorstellungen über das Beweismaß waren fast alle in einem geradlinigen Diagramm der Quantifizierung von 0% bis 100%.⁵⁰⁾ Auch vor einer solchen Denkweise ist m. E. Vorsicht geboten.

Für die Bewertung der Beurteilung der endgültigen Wahrscheinlichkeit gegenüber den einzelnen zu beweisenden Tatsachen ist es sicherlich denkbar sich so wie oben auszudrücken. Das ist jedoch deshalb, weil sie keinen Zustand der Bewertung der endgültigen Tatsachenfeststellung ausdrückt, die die Wahrscheinlichkeit der einzelnen voraussetzenden Tatsachen umfasst und die sich auf die Beurteilung über die Existenz des Rechtes der Schlussthese bezieht.

Z.B. nach der Meinung der Praktiker (= Richter) bei der These der voraussetzenden Tatsachen begreifen sie die voraussetzende Tatsachen umfassend als Gesamtheit und betrachten sie zusätzlich unter dem Gesichtspunkt, welche der Parteien angemessener in ihrer Behauptung, über die Existenz des Rechtes als "Handlung" oder "story" des gesamten Falls⁵¹⁾, ist. Deutlich ist, dass sie die umfassenden Tatsachen nicht nur aus der Frage der

49) Prof. Gottwald, beruhend auf der Prämisse, dass es keinen Sinn macht das Innere des Richters mit Zahlen zu quantifizieren, überprüft die Rechtsprechungslage in England. Er ist der Meinung, dass die Differenz zwischen der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit in Deutschland und der Theorie des Übergewichtes des Beweises in England nur "eine Frage des Sprachgebrauchs: a matter of words" ist und problematisiert eher die Möglichkeit das Urteil der einzelnen Richter nachträglich in Augenschein zu nehmen (Gottwald, Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess, *FS Henrich*, 2000, S.169ff.). Des Weiteren vertritt er die These des "flexiblen Beweismaßes", d.h. solange die Möglichkeit der nachträglichen Aufnahme in Augenschein besteht, lässt er beruhend auf dem Standpunkt der Billigkeit zu, dass die Richter das Beweismaß in einzelnen Sachen nach ihrem Ermessen entscheiden (Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S.218f.). Die Verfasserin kann dem Schluss von Prof. Gottwald in dem Punkt zwar nicht zustimmen, dass er auf die Festlegung der Norm des Beweismaßes verzichtet, findet jedoch wesentlichen gleichen Inhalt darin, dass man auf dem realistischen Gesichtspunkt steht, dass es schwierig ist das Innere eines Richters mit Zahlen zu quantifizieren.

50) Bereits in alten Abhandlungen, z.B. Tamura, Yutaka. *Saibanjou no Shoumei* (Horitsubunkasha, 1960) S. 14f. verwendet.

51) In der Praxis sieht es so aus, dass man die Haupttatsache nicht nur aus mikroskopisch empirischen mittelbaren Tatsachen durch den Erfahrungsgrundsatz d.h. im Denkprozess der immanenten Begründung schlussfolgert, sondern auch im transzendenten Denkprozess aus dem makroskopisch deduktiven Gesichtspunkt, also auch aus dem Gesichtspunkt wie gut "die Handlung bzw. die Fassung" des ↗

Wahrscheinlichkeit der einzelnen zu beweisenden Tatsache feststellen.

Bei der Phase der endgültigen Bewertung der Tatsachenfeststellung ist der wirkliche Sachverhalt wohl so, dass man die Tatsachen unter dem makroskopischem Gesichtspunkt feststellt, wobei man seinen Blick auf den rationellen Fluss der gesamten Tatsachenfeststellung richtet, indem man solche Thesen des Beweises im Kopf behält, welche der Parteien ihre "story" angemessener als ganzheitliche Geschichte des Falls behauptet oder z.B. ob sie Schulden hatte oder nicht, während man die einzelnen Beweise bzw. mittelbare Tatsachen sowie die einzelnen voraussetzenden Tatsachen überprüft oder indem man, falls nicht alle für die Beweisführung der zu beweisenden Tatsachen bereit stehen, die Reste mit dem Erfahrungsgrundsatz ergänzt.

Folglich, wenn die relative Gesamtmenge der Beweise der Partei, die die Beweistatsache behauptet, den der Beweismenge der Gegenpartei überwiegenden Zustand erreicht, d.h. objektiv überwiegendes Beweismaß erreicht, braucht der Richter nicht zu zögern, sich von der Existenz der Wahrheit in der Behauptung der Tatsachen zu überzeugen, sondern soll die Tatsachen eher aktiv so feststellen.

Übrigens gab das oben erwähnte Urteil des Oberstgerichtshofs über den Nagasaki-Atombomben-Prozess — das Urteil, das als Feststellung der Entscheidung über den Tokyo-Universität-Lumbal- Fall gilt — die folgende Rechtsprechung: über den Beweis der Veranlassung der Strahlung hält das Urteil einerseits die von der Berufungsinstanz ausgesprochene "Wahrscheinlichkeit im angemessenen Grad" für unzureichend und doch die hochgradige Wahrscheinlichkeit für notwendig. Andererseits spricht das Urteil über die Tatsachenfeststellung der Berufungsinstanz aus, dass "... es möglich ist, die Erkennung und die Feststellung für die Existenz der Veranlassung der Strahlung abzuleiten, und dass man nicht das Urteil fällen kann, dass das aus dem Erfahrungsgrundsatz unzulässig sei", sowie dass "die Beurteilung der Ausgangsinstanz nicht eine solche ist, die man nicht anerkennen kann". Über diese Rechtsprechung kann man Folgendes denken: wenn der Richter zwar das Übergewicht des Beweises in der objektiven Wahrscheinlichkeit des Beweises allein erkennen, aber nicht aussprechen konnte, dass darin auch die hochgradige Wahrscheinlichkeit zu finden wäre, fällte er das Urteil, dass man die Existenz der Veranlassung der Strahlung erkennen kann, weil er, was seine Überzeugung des Beweismaßes betrifft, das Selbstvertrauen in sein Urteil hatte und sich davon überzeugen konnte.⁵²⁾

↘ gesamten Falls ist oder aus der "Historie" des gesamten Falls d.h. aus dem Gesichtspunkt der rationellen Art und Weise des Falls überprüft und die Tatsachen feststellt. Vgl. Oe, Tadashi et al. "<Kenkyuukai> »Jijitsu nintei to risshou katsudou 6« Suiron no kouzou - jiken no suji no naijitsu wa {"<Workshop> »Die Tatsachenfeststellung und der Akt des Nachweisens 6« die Struktur der Schlußfolgerung - die Wirklichkeit der Handlung des Falls}" *Hanrei Taimuzu* Nr. 1242. S. 4f. (2007). Hier ist für das Wort "Handlung" Vorsicht geboten, weil das Wort mehrdeutig ist. Wir verwenden das Wort hier im Sinne von "story (rationeller Fluß der Geschichte)".

52) Zu der Leseart der Rechtsprechung gibt es einige Kommentare. Z.B. überprüfte Prof. Makoto Ito einige Rechtsprechungen und darauf beruhend äußerte er Folgendes: "obwohl man die überwiegende Wahrscheinlichkeit als Kriterium für das Beweismaß in Wirklichkeit nimmt, verwendet man die ↗

Wenn das so ist lässt die Rechtsprechung zu, dass man "die hochgradige Wahrscheinlichkeit" erreicht, indem man dem Ergebnis der Überprüfung der objektiven Beweise die subjektive Beweiswürdigung, die der Richter bekam, hinzufügt. Zwischen der Ansicht der Rechtsprechung und der Meinung der Verfasserin besteht der Unterschied nur in ihren Ansätzen. Zu der Rechtsprechung kann man sagen, dass sie nicht unbedingt das Hochgradige von dem objektiven Akt des Nachweisens der Partei als Endpunkt verlangt.

3.2.3 Die Relation zwischen der Norm des Beweismaßes und der voraussetzenden Tatsache

Nun wollen wir auch die Relation zwischen der voraussetzenden Tatsache und der Norm des Beweismaßes überprüfen. Bei dieser Diskussion geht es um die Frage, ob überhaupt das gleiche Beweismaß für alle voraussetzenden Tatsachen notwendig ist.

Wenn man diesen Punkt genauer nimmt, kann das Beweismaß m. E. je nach den voraussetzenden Tatsachen variieren. Weil es fragwürdig ist, ob das Beweismaß gleicher Art für alle solche voraussetzenden Tatsachen notwendig ist, wie z.B. die voraussetzenden Tatsachen bei der Deliktshandlung im jBGB §709 {wie im dBGB § 823 (1)}, bei der es sich im Allgemeinen um folgende vier Punkte handelt: (1) "die Beeinträchtigung des Rechts sowie des Interesses", (2) "die Fahrlässigkeit der handelnden Person (objektive Sorgfaltspflichtverletzung)", (3) "der Erfolgseintritt des Schadens", und (4) "die kausale Beziehung". Auch deshalb, weil derselbe Beweis für mehr als zwei Voraussetzungen verwendet werden kann und die Schwierigkeit des Nachweisens je nach voraussetzenden Tatsachen variiert. Bei (1) "der Beeinträchtigung des Rechts sowie des Interesses" und bei (3) "dem Erfolgseintritt des Schadens" handelt es sich um die Voraussetzungen, die mit der konkreten Tatsachen des eingetretenen Ergebnisses des Falls zusammenhängen, weshalb das Nachweisen solcher Tatsachen daher leicht ist. (2) "Die Fahrlässigkeit der handelnden Person (objektive Sorgfaltspflichtverletzung)" oder (4) "die kausale Beziehung" dagegen beinhalten sehr wohl die Frage der Bewertung wie "Angemessenheit" und deshalb ist das tatsächliche Nachweisen schwierig. (Es gibt auch die Ansicht diese einfach als Frage der rechtlichen Bewertung aufzufassen.)⁵³⁾

↘ These der Überzeugung, um eine gemeinsame Basis mit der Allgemeintese zu finden, die besagt, dass es unbedingt die hochgradige Wahrscheinlichkeit sein muss." "Die hochgradige Wahrscheinlichkeit ist eine Annahme (Fiktion). Die Überzeugung von der Wahrheit verwendet man als Instrument, um die überwiegende Wahrscheinlichkeit, die die Überzeugung des Beweismaßes in Wirklichkeit ist, in die fiktive hochgradige Wahrscheinlichkeit zu konvertieren." Ito. a.a.O. Fn. (24). S. 7.

53) Die Ansicht des ehemaligen Richters Ryozo Ishii lässt sich m. E. zu der heutigen Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit klassifizieren. Nach Ishii, wenn man eine der mehreren Personen wie bei der Deliktshandlung beliebig zur Beklagten bestellen kann und wenn die Existenz der Haupttatsache nicht der Art ist, dass sie nur unter den Personen ausschließlich bestimmt werden soll, wird die Beweiswürdigung von 80% notwendig sein, weil man das Interesse der zur Beklagten bestellten Person zu schützen hat. Wenn man aber, wie beim Leihen und Borgen des Geldes nicht über den Punkt, ob das Geld geliehen wurde oder nicht, sondern hauptsächlich über den Punkt streitet, ob das Geld zurück gezahlt wurde oder nicht, also wenn die Existenz der betroffenen Tatsache der Art ist, dass sie nur ↗

Bisher wurde gleichermaßen gesagt, dass die hochgradige Wahrscheinlichkeit für alle voraussetzenden Tatsachen notwendig sei. In Wirklichkeit trifft dies m. E. nicht zu.

Drittens, der Zivilprozess kann die Aufklärung der Sache nicht strenger als beim Strafprozess durchführen, weil es, anders wie beim Strafprozess, bei dem Zivilprozess keine Verwendung des Ermittlungsorgans der öffentlichen Gewalt gibt. Darüber hinaus wird gesagt, dass bei dem Zivilprozess die Aufklärung der Sache nicht so streng genommen zu werden braucht wie bei dem Strafprozess, weil es sich bei dem Zivilprozess um einen Prozess handle, der den Schadensersatz, der nach dem Prinzip der Privatautonomie zwischen den Privatpersonen auf das Geld beruht, zu seinem Grundsatz nimmt und weil es nicht um das Verhängen der Strafe gegen das Leben bzw. den Körper der betroffenen Person geht.⁵⁴⁾ Daher verstehen wir unter dem Erklärungsmaß beim Zivilprozess, dass das exakte "Aufklärungsmaß" der Sache wie bei dem Strafprozess nicht notwendig ist, sondern es für die Aufklärung genügt, wenn ausreichende Beweise vorgelegt werden, so dass der Richter die Sache beurteilen kann.

Beim Strafprozess muss die Seite der Staatsanwaltschaft die die gesamten voraussetzenden Tatsachen des Straftatbestands einschließlich der Tatsache ohne Streitpunkt nachweisen. Bei dem Zivilprozess sollen wir dagegen darauf achten, beruhend auf der zweiten These der Verhandlungsmaxime, dass überhaupt keine Notwendigkeit des Nachweisens für die Tatsache besteht, über die es keinen Streit zwischen den Parteien gibt.⁵⁵⁾

↘ unter den Personen ausschließlich bestimmt werden muss, wird die Wahrscheinlichkeit von 70% ausreichen, weil es genügt, wenn eine der Partei dafür bestimmt wird und weil es verstandesgemäß und unparteilich ist das Gleichgewicht der Beweise abzuwägen und die Angelegenheit durch deren Übergewicht zu entscheiden. Vgl. Ishii, Ryozi. "Minji saiban ni okeru jijitsu shoumei {das Nachweisen der Tatsache bei dem Zivilgericht}" *Minji houtei oboegaki* (Ichiryusha, 1962) S. 165f.

54) Der ehemalige Richter Kurata ist der Ansicht, dass "der Unterschied der Beweiswürdigung zwischen Zivil- und Strafsachen gleich dem Unterschied des Aufklärungsmaßes" ist, wenn man sich das Maß (Aufklärungsmaß) vorstellen kann, das der Grad dafür ist, "wie wenig die Gefahr besteht, dass das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme durch neue Beweise umgekippt wird" (Kurata, Takuji. "[Rezension] Ota, Shozo. *Saiban ni okeru Shoumeiron no Kiso*". *Minji Jitsumu to Shoumeiron* (Nihonhyoronsha, 1987) S. 355.). Wenn ich kommentiere, kann man vielleicht sagen, dass das politische Gewicht der Beweislast (Belastung des Gewichts) bei dem Strafprozess in Wirklichkeit darin liegt, dass das notwendige Aufklärungsmaß bei der Strafsache hoch steht.

55) Diesen Punkt einschließend gibt es eine Ansicht, dass man das Beweismaß der Zivil- und Strafsache nicht einfach vergleichen kann, weil die Eigenschaft des Beweises für die Zivil- und Strafsache anders ist (Kato et al. a.a.O. Fn. (31). S. 10f. [die Äußerung von Tadashi Sakamaki]). Hierbei ist sicherlich Vorsicht geboten. Es gibt auch die Aufklärung über das Beweismaß und das Aufklärungsmaß bei dem Zivilgericht und dem Strafgericht als Vergleich mit der Digitalkamera; bei der Zivilsache ist es ausreichend, wenn man die aufgenommene Person entweder für den Kläger oder den Beklagten bestimmen kann, auch wenn die Digitalkamera nur eine Auflösung von 10000 Pixel und keinen scharfen Fokus hat, weil der Prozess zwischen den in irgendeinem Zusammenhang stehenden Personen im Gange ist. Bei der Strafsache dagegen kann man die Aufnahme nicht beurteilen, wenn die Digitalkamera keine Auflösung von 3 Millionen Pixel und einen scharfen Fokus hat, weil die Klage noch in dem Zustand erhoben wird, in dem der Bezug der angeklagten Person unklar ist und weil man nicht voraussetzen kann, dass die angeklagte Person mit der Straftat im Zusammenhang steht. Kato et al. a.a.O. ↗

Dass das Aufklärungsmaß der Sache bei dem Zivilprozess niedriger als beim Strafprozess sein darf, heißt jedoch selbstverständlich nicht, dass keine Notwendigkeit besteht das Aufklärungsmaß bei dem Zivilprozess zu erhöhen. Im Jahr 2003 wurde "das System der sachverständigen Personen" mit der Erneuerung des Zivilprozessrechts in Japan neu eingerichtet und damit das Verfahren eingeführt, die Meinungen der Experten von dem Stadium der Anordnung der Streitpunkte bis zu dem Ausgleich aktiv anzuhören. Bei dem Prozess des modernen Typs soll das Aufklärungsmaß der komplexen Sache erhöht werden, indem man die Experten als Begutachter oder als sachverständige Person zusammen mit dem statistischen Beweis sowie dem wissenschaftlichen Beweis aktiv einsetzt und verwendet. Im Grunde genommen, egal bei welchen Fällen, versteht sich auch von selbst, dass sowohl der Gerichtshof als auch die Parteien um die Aufklärung der Sache mehr bemüht sein sollen.⁵⁶⁾

Viertens, zu der Angemessenheit, dass man das "Übergewicht des Beweises" als Grundsatz der Norm des Beweismaßes annimmt, besteht wohl die Frage, wie man über solche Ausnahmefälle denkt, bei denen das Beweismaß ausnahmsweise höher oder niedriger eingestellt werden soll.

Deshalb, weil die Notwendigkeit, die Norm des Beweismaßes einer voraussetzenden Tatsache hoch einzustellen, aus dem politischen Gesichtspunkt entstehen kann, oder umgekehrt die Situation vorkommen kann, in der man eine Vermutungsnorm aufstellt und auf die Entlastung der Belastung des Nachweisens der die Beweislast tragenden Partei zielt.

Beispielsweise bei dem Prozess der Feststellung des Nichtvorhandenseins der Vaterschaft (vgl. jBGB §772) ist, auch von der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit, allgemein anerkannt, dass ausnahmsweise als noch höherer Beweis "die hochgradige Wahrscheinlichkeit" oder "das klare und überzeugende Nachweisen" notwendig wird, weil die Vermutungsnorm der Vaterschaft aus dem materiell-rechtlichen politischen Gesichtspunkt besteht.⁵⁷⁾

Jedoch auch darüber, ob man das Beweismaß der sonstigen einzelnen voraussetzenden Tatsachen ausnahmsweise hoch oder niedrig bestimmt oder nicht, soll man durch die materiell-rechtliche Norm einzeln in dem Gesetz festlegen, weil es um die Frage geht, mit der das politische Argument bei einzelnen Einrichtungen in Zusammenhang steht, sowie weil "die rechtliche Sicherheit" bzw. "die rechtliche Vorhersehbarkeit" geschützt werden sollen. Wir denken also über die Ausnahmenorm des Beweismaßes, dass man sie als "prozessrechtliche" Frage dem Ermessen des verantwortlichen Richters bei einzelnen Fällen nicht überlassen soll,

↘ Fn. (31). S. 12. [die Äußerung von Noriaki Sudo].

56) Die wissenschaftlichen oder statistischen Beweise sowie die Meinungen der Experten soll man jedoch als ein Beweismittel verwenden. Die übermäßige Anlehnung daran ist gefährlich. In Bezug auf die Feststellung der kausalen Beziehung bei dem Umweltschäden betreffenden Prozess, als Versuch des Modells der objektiven Tatsachenfeststellung, bei dem die Probabilistik berücksichtigt wird, sei auf folgende Abhandlung hingewiesen: Kawamura, Hiroshi. "Dai yon. Gen'in seitei, sekinin saitei tetsuzuki to jijitsu ninteiron {4. der Entscheid über die Ursache, der Entscheid über die Verantwortung und die Theorie der Tatsachenfeststellung}" *Hanrei Taimuzu*. Nr. 1242. S. 40f. (2007).

57) Z.B. Matsumoto / Ueno. a.a.O. Fn. (27). S. 387.

sondern dass man sie einfach als Frage der Gesetzgebung, oder als mittlere Lösung in der Theorie der voraussetzenden Tatsache von der Justizausbildungsstätte aus, also als "materiell-rechtliche" Frage überprüfen soll.⁵⁸⁾

Folglich soll die Norm des Beweismaßes als Grundsatz bei dem Prozess m.E. auf dem Übergewicht des Beweises beruhen. Den besondern Typ, für den ein politischer Gesichtspunkt notwendig ist, soll man m. E. materiell-rechtlich auf den Hauptgedanken der Gesetzgebung zurückgehend überprüfen. Über die Notwendigkeit das Beweismaß ausnahmsweise zu ändern denken wir, dass sie materiell-rechtlich zusammen mit der Frage der objektiven Verteilung der Beweislast gelöst werden soll, indem man z.B. die "Vermutungsnorm" in der materiell-rechtlichen Norm aufstellt.

3.3 Kleine Zusammenfassung - die Norm des Beweismaßes bei dem Zivilprozess

Auf der obigen Diskussion beruhend wollen wir hier die Art und Weise der Norm des Beweismaßes bei dem Zivilprozess überprüfen.

Erstens, weil die Parteien des Zivilprozesses als Privatpersonen im Grunde gleichberechtigt sind und weil für ihre Stellung die Austauschmöglichkeit gilt, soll man die beiden Parteien auch im Prozessverfahren im Grunde gleich behandeln. Wenn das der große Grundsatz des Zivilprozesses ist, soll der Gleichheitsgrundsatz der Partei im Grunde auch bei dem Verfahren der Auswertung des Beweises in der letzten Phase des Verhandlungsablaufs funktionieren. Auch von der Forderung nach der Bildung der Angemessenheit der Tatsachenfeststellung her, d.h. der Minimierung der Gefahr des Fehlurteils, ist es adäquat den Grundsatz "des Übergewichts des Beweises" als Norm des Beweismaßes anzunehmen.

Zweitens, durch die Annahme des Grundsatzes des Übergewichts des Beweises für die Norm des Beweismaßes nimmt die Rolle der subjektiven Beweislast (der Verantwortung der Beweisvorlage) im wirklichen Verhandlungsverlauf zu und es entsteht die Notwendigkeit für die beiden Parteien sich an dem Akt des Nachweisens noch aktiver zu beteiligen. Auch für den Gerichtshof kann man sagen, dass von ihm, in Verbindung mit dem Grundsatz des Prinzips der gegenseitigen Untersuchung, aus dem Gesichtspunkt sowohl der Vermeidung des Überfalls gegenüber der Partei als auch des Pfandes der Objektivität der Beurteilung, Folgendes gefordert wird, (1) die Offenbarung der Beweiswürdigung sowie die Aufklärung noch aktiver zu verfolgen, (2) von den beiden Parteien die Meinung über die Auswertung der Beweise gleich gut anzuhören.

Drittens, nachdem die Verhandlung genug gereift hat, wird in der Phase der Auswertung der Beweise von dem Richter unter dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (jZPO

58) Die Art und Weise der einzelnen konkreten Norm für das Beweismaß ist m. E. eine Frage der materiell-rechtlichen Norm. Als Abhandlung aus dem internationalen zivilprozessrechtlichen Gesichtspunkt sei auf Folgendes hingewiesen (vgl. den Aufsatz der Verfasserin. "Shoumeido no houteki seishitsu - jittaihou to tetsuzukihou no kousaku {die rechtliche Eigenschaft des Beweismaßes - die Überschneidung des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts}"). *Ritsumeikan Hougaku*. Nr. 321/322. S. 303f. (2009)).

§247) gefordert, aus dem mikroskopischen Gesichtspunkt die Struktur der Schlussfolgerung durch den Erfahrungsgrundsatz mit den einzelnen Beweisen bzw. mit den mittelbaren Tatsachen umfassend in Augenschein zu nehmen und die Existenz der Haupttatsache nach ihrer Höhe des Zustandes des Nachweisens festzulegen. Gleichzeitig wird von ihm, auch auf dem makroskopischen Gesichtspunkt beruhend, gefordert, parallel die Haupttatsache, deren Zustand des Nachweisens das Beweismaß noch nicht erreicht, aus "dem rationellen Fluß des Falls (*story*)", der aus der festgelegten Haupttatsache zum Vorschein kommt, gegenseitig in Augenschein zu nehmen (Vorsicht: nicht, dass man die Angemessenheit der "Handlung" bzw. des "Sitzen" oder der "Fassung" als "Schluss" sieht) und die Tatsache aus "dem gesamten wesentlichen Inhalt der mündlichen Verhandlung" umfassend zu urteilen.

Wir denken, dass aus obigen Punkten das Aufklärungsmaß des Falls höher und die institutionelle Garantie für die Objektivität sowie für die Genauigkeit der Tatsachenfeststellung möglich wird.

Gegen obige Ansichten kann es Kritik geben. Erstens kann man kritisieren, dass in Wirklichkeit das Aufklärungsmaß und das Beweismaß nicht unterschieden werden können oder das Beweismaß und die Überzeugung des Beweismaßes nicht unterschieden werden können.

Wir können jedoch das Gegenargument führen, dass einzelne Richter zu der Objektivierung der Tatsachenfeststellung wohl beitragen, selbst wenn sie den Mechanismus des Nachweisens erkennen und sich nur bemühen die Erfüllung der Verhandlung und die endgültige Auswertung des Beweises zu trennen.

Zweitens ist die Kritik denkbar, dass die Tatsachenfeststellung ungenau wird, wenn man zulässt, dass das Übergewicht des Beweises für das bei der Zivilsache mindestens notwendige Beweismaß im Allgemein ausreicht.

Dagegen können wir folgendes Gegenargument führen: zwischen der Theorie der hochgradigen Wahrscheinlichkeit und der Theorie des Übergewichts des Beweises unterscheidet sich nur das Stadium des Nachweisens, das bei dem Mechanismus der Tatsachenfeststellung im Fokus steht, und dass es zwischen beiden keine materielle Differenz gibt. Das heißt die Erstere richtet ihren Blick hauptsächlich auf die subjektive Überzeugung des Beweismaßes als innerlichen Akt des Richters und die letztere Theorie des Übergewichts des Beweises richtet ihren Blick hauptsächlich auf den Grad des konkreten Aktes des Nachweisens der Partei am Gerichtshof.

Das Nachweisen der Tatsache ist ein Verlauf, in dem man die Wahrscheinlichkeit der voraussetzenden Tatsache begründet, wobei mehrere in der Beweiskraft unterschiedliche Beweise oder mittelbare Tatsachen gegenseitig ihre Beweiskraft verstärken oder verkürzen. Wir können gegen obige Kritik argumentieren, dass es nicht vorkommt, dass die Tatsachenfeststellung ungenau wird, weil der Richter den direkten Beweis, welcher starke Beweiskraft hat, in den Mittelpunkt stellt und überprüft, selbst wenn er das Übergewicht des Beweises als minimal notwendiges Beweismaß annimmt. Auch das

Gegenargument ist möglich, wenn man an die Minimierung der Kosten des Fehlurteils zwischen der gleichberechtigten Parteien denkt, wodurch man damit noch korrekter zu der Tatsachenfeststellung beiträgt.

Drittens kann es auch die Kritik geben, dass die objektive Beweislast ihren Sinn verliert, wenn man das Übergewicht des Beweises für das Beweismaß bei dem Zivilprozess als ausreichend zulässt.

Zu diesem Punkt kann man darauf hinweisen, dass man die Wichtigkeit der objektiven Beweislast in Bezug auf die voraussetzende Tatsache nicht verneint, besonders auf die Verhandlungsmaxime wie nicht nur die Verteilung der Klageschrift oder der Klageerwidlungsschrift, sondern auch die Verteilung der Verantwortung der Behauptung sowie der Beweisführung. Unveränderlich ist in dem Punkt, dass die Existenz der objektiven Beweislast zusammen mit dem Grundsatz der Norm des Beweismaßes der Leitfaden des Prozesses, d.h. "der wegweisende Stern", ist.⁵⁹⁾ Genau so wie sich die theoretische Wichtigkeit der objektiven Beweislast nicht ändert, selbst wenn das Gericht in der Praxis mittels der objektiven Beweislast in Wirklichkeit kaum stattfände.

Kapitel 4 Zusammenfassung

Man kann zwar den Verlauf der Auswertung des Beweises m. E. nicht vollständig objektivieren (bzw. optimieren), weil die Auswertung des Beweises letztendlich der Beweiswürdigung des Richters überlassen wird, sowie weil es schwierig ist, das Innere der einzelnen Richter zu messen und zu kennen. Es ist wohl in diesem Sinne, dass das Rechtszugsystem so wie das System der drei Instanzen dem Gerichtswesen für notwendig gehalten werden.

Aber der Versuch ist wohl nützlich, nicht nur die wissenschaftliche Methode in dem Verlauf der Tatsachenfeststellung zu verwenden, sondern auch die Listeneinträge zum Kontrollieren bei einzelnen Stufen der Verhandlung einzurichten oder den rationellen Fluß (*story*) des gesamten Falls denkend zu verifizieren.

Wie dieser auch Aufsatz zeigt, ist es wohl wichtig, mehrstufige Kontrollen durchzuführen, indem man den Begriff der Beweisführung in vier Stufen einteilt und davon besonders den objektiven Grad (das Beweismaß), der für den Akt des Nachweisens der Partei notwendig ist und den subjektiven Grad (die Überzeugung des Beweismaßes), d.h. die Überzeugung des Inneren des Richters, trennt. Um objektiv die Tatsachen festzustellen, soll man den Blick auf das Aufklärungsmaß und das Beweismaß werfen. Wiederum das Aufklärungsmaß der Sache durch die Bemühung der Partei zu erhöhen, ist auch notwendig, um die objektive Tatsachenfeststellung noch möglicher zu machen.

Folglich soll man die Partei die Wichtigkeit der Rolle der subjektiven Beweislast

59) Kobayashi. a.a.O. Fn. (20). S. 162.

erkennen lassen und zwar aus dem Grundsatz "des Übergewichts des Beweises" beruhend auf dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Partei als Rückgrat der Tatsachenfeststellung. Der Gerichtshof wiederum soll "das Aufklärungsmaß" der Sache in dem Verlauf der Verhandlung erhöhen, indem er aktiv das Aufklärungsrecht ausübt und letztendlich die von beiden Parteien vorgelegten Beweise sowie Tatsachen, sowohl anhand mikroskopischen als auch anhand makroskopischen Gesichtspunkten, umfassend vergleicht, abwägt und beurteilt.

Mit anderen Worten, dass der Gerichtshof den endgültigen Mechanismus des Nachweisens erkennt, dass er die vorgelegten Beweise sowie die Tatsachen, die als Ergebnis des Aktes der Behauptung bzw. der Beweisführung der Partei gelten, ohne Bindung an den Grad der innerlichen Überzeugung des beurteilenden Richters beruhend auf dem Grundsatz "des Übergewichts des Beweises" einfach aus dem Gesichtspunkt, "welche Seite mehr überwiegt (wessen Wahrscheinlichkeit der gesamten Tatsache übertrifft)", umfassend vergleicht und beurteilt; das führt m. E. besser zu der Objektivierung und letztendlich zu der Optimierung der gesamten Einrichtung der Tatsachenfeststellung.

