

Homo heidelbergensis

**Festschrift für Klaus-Peter Schroeder
zum siebzigsten Geburtstag**

herausgegeben von

Pirmin Spieß, Christian Hattenhauer, Michael Hettinger

**ELEKTRONISCHER
SONDERDRUCK**

Neustadt an der Weinstraße 2017

Selbstverlag der Stiftung zur Förderung der pfälzischen Geschichtsforschung

ISBN 978-3-942189-18-7

ISSN 1432-9298 (Abhandlungen zur Geschichte der Pfalz)

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

© 2017 Stiftung zur Förderung der pfälzischen Geschichtsforschung, Heinenstraße 3, 67433 Neustadt an der Weinstraße

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

Satz: Nicolaus Cramer und Matthias Schüll, Heidelberg

Herstellung: Druckmedien Speyer GmbH, Heinrich-Hertz-Weg 5, 67346 Speyer

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort.....	VII
Vorwort	IX

I. Der Jubilar

<i>Stefan Schlosshauer-Selbach</i> Geschichtsforscher und Menschenfreund Klaus-Peter Schroeder zum 70. Geburtstag.....	3
<i>Stefan Schlosshauer-Selbach</i> Laudatio gehalten bei der Feier des 60. Geburtstages von Klaus-Peter Schroeder auf dem Hause der Burschenschaft FRANKONIA zu Heidelberg am 24.2.2007	7
<i>Andreas Deutsch</i> Es gibt solche Schroeder – und andere Rechtsgeschichtliche Notizen zu den Wurzeln eines Eigennamens.....	9

II. Rechtsgeschichte

<i>Thomas Gergen</i> Seines Zeichens AD. Schutz gegen unerlaubte Nachahmung und Zeichenbenutzung zur Zeit von Albrecht Dürer (1471–1528).....	27
<i>Wolfgang Sellert</i> Eine anonyme Schrift zur Zuständigkeit des Kaiserlichen Reichshofrats in Reichslehenssachen	35
<i>Christoph Metz</i> Heinrich Anton Leichtweiß – ein Opfer feudaler landesherrscherlicher Willkür	51
<i>Reinhard Mußgnug</i> Der Weg der Düsseldorfer Gemäldegalerie in die Münchener Pinakothek.....	59
<i>Arno Buschmann</i> Ein vergessener Gesetzentwurf Johann Friedrich Reitemeiers Allgemeines Gesetzbuch für Deutschland	81

<i>Gerhard Lingelbach</i>	
Paul Johann Anselm Feuerbach – als Rechtsphilosoph in seinen Jenaer Jahren	95
<i>Christian Würtz</i>	
Anton von Stabel (1806–1880)	111
<i>Bernd Müller-Christmann</i>	
§§ 81, 82 des Badischen StGB von 1845. – Interpretation, Einordnung in den geschichtlichen Zusammenhang, Vergleich mit dem geltenden Recht	141
<i>Werner Frotscher</i>	
Der Richtungsstreit in der deutschen Staatsrechtslehre des Vormärz am Beispiel der Marburger Professoren Jordan und Vollgraff	167
<i>Christian Hattenhauer</i>	
Fast-Fish and Loose-Fish Die Konkurrenz um den Wal in Melvilles ‚Moby Dick‘	183
<i>Hermann Weber</i>	
Georges Rodenbach – Dichterjurist, Symbolist und flämischer Autor französischer Sprache	209
<i>Detlev Fischer</i>	
Zwischen Heidelberg und Karlsruhe: Eduard Dietz (1866–1940), badischer Jurist und Historiker	239
<i>Andreas Cser</i>	
Vom Weltkrieg bis zum demokratischen Neubeginn Zum Briefwechsel zwischen Eberhard und Marie Luise Gothein in den Jahren 1914 bis 1923	263
<i>Stefan Schlosshauer-Selbach</i>	
Alfred Mombert – Weltenseher in Heidelberg	279
<i>Christian Baldus</i>	
Eigenwillig und differenziert: Eine Lanze für Otto Gradenwitz	295
<i>Franz Schnauder</i>	
Heinrich Reinle – Eine badische Justizkarriere im Dritten Reich	305
<i>Heike Hawicks / Ingo Runde</i>	
Kriegsbedingte Verluste von Kulturgütern und deren partielle Restitution am Beispiel zweier Papsturkunden der Jahre 1387 und 1816 aus dem Universitätsarchiv Heidelberg	333

Bernd Schildt

Digitalisierte Quellen zur Höchstgerichtsbarkeit –
neue Perspektiven der Forschung 355

Wolfram Hahn

Studentische Initiative mit Tradition
50 Jahre Heidelberg-Haus, deutsches Kulturinstitut
in Montpellier – ein Blick in das Universitätsarchiv 379

III. Geltendes Recht

Götz Schulze

Vollkommenheit – eine überwundene Rechtsidee? 387

Herbert Roth

Rechtsbehelfe bei der Verletzung des
allgemeinen Persönlichkeitsrechts 409

Michael Huber

Was ist „Wahrheit“ – forensisch betrachtet
und was der beweisrechtliche Weg zum Ziel? 419

Rupert Vogel

Adieu, Canal de Craponne! – Zur Einführung der
Imprévision – des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“
im neuen französischen Obligationenrecht 437

Heinz-Peter Mansel

Staatsangehörigkeit und Kollisionsrecht 455

IV. Archaische Grundlagen

Wolfgang Krüger

Ein volles Pfund von Eurem Fleisch zur Buße 477

Willibald Klappstuhl

Es war einmal – es war einmal nicht
Elsa Sophia von Kamphoener (1878–1963) 495

Michael Hettinger

Von einem Kilogramm Menschenfleisch, einem Esel,
einem Pferd, einer Schwangeren und einem Schlafenden,
von fünf Klägern, einem Kadi und: von Ferid
Über eine Geschichte aus Tausendundeiner Nacht 515

Peter Schuppenies

Die Tat tötet den Mann – 1 Ausnahme 549

<i>Pirmin Spieß</i> Die Selbstverpfändung – Tötung im Zwölftafelgesetz?	557
--	-----

V. Exspectatio

<i>Martin Cramer</i> HOCKA UND SCHLOTZA, eine Skizze	569
Schriftenverzeichnis Klaus-Peter Schroeder	575
Doktoranden	595
Autorenverzeichnis	597

Was ist „Wahrheit“ – forensisch betrachtet und was der beweisrechtliche Weg zum Ziel?

Michael Huber

I. Prolog

Der Titel übernimmt für den ersten Teil des Beitrags die alt bekannte (freilich schier grenzenlose) Pilatus-Frage,¹ schränkt sie aber (gerade deshalb) sogleich ein. Es geht also nicht um eine philosophisch oder weltanschaulich (gar religiös) motivierte Betrachtungsweise, sondern „nur“ um die profane Sicht aus der richterlichen Warte. Allerdings führt auch bei diesem Blick auf das Problemfeld – wie von jedem Elfenbeinturm welcher Wissenschaft auch immer – kein Weg an der Erkenntnis vorbei, die Sigmund Freud in einem persönlichen Gespräch mit dem über lange Jahre hinweg befreundeten Stefan Zweig so ausgedrückt hat: „Es gibt ebenso wenig eine hundertprozentige Wahrheit wie hundertprozentigen Alkohol.“²

Was daraus für die richterliche Praxis folgt, soll an § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO diskutiert werden. Nach dieser Vorschrift hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.“ Ähnlich formulieren andere Verfahrensordnungen, oft freilich nur mit einem verkürzten Hinweis auf die „freie, aus dem Inbegriff der Verhandlung (oder dem Gesamtergebnis des Verfahrens) gewonnene Überzeugung des Gerichts“ (vgl. z. B. § 261 StPO, § 108 Abs. 2 S. 1 VwGO, § 128 Abs. 1 S. 1 SGG, § 96 Abs. 1 S. 1 FGO). Dass die Gründe, die für die Überzeugung leitend gewesen sind, dann stets im Urteil explizit dargelegt werden müssen, bestimmen die meisten dieser Vorschriften im jeweils nächsten Satz ausdrücklich, versteht sich aber an sich von selbst; denn sonst wäre die Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz nicht überprüfbar.

¹ Vgl. Evangelium nach Johannes, Joh 18, 38.

² Dokumentiert hat dieses Gespräch Stefan ZWEIF in seinen Erinnerungen „Die Welt von gestern“, 1944; das wiedergegebene Zitat findet sich in der vom Bärman-Fischer Verlag (Stockholm) lizenzierten Ausgabe des Artemis & Winkler Verlags aus dem Jahr 2002, S. 474 (Kapitel 18 „Die Agonie des Friedens“).

Der Ausgangspunkt zur Frage, was das Gesetz mit „für wahr ... zu erachten“ meint, ist klar: Wer ein Recht geltend macht, muss dessen Voraussetzungen – falls sie streitig sind – beweisen; folglich entscheidet die Beweisbarkeit einer tatsächlichen Behauptung darüber, ob ein berechtigter Anspruch in der Rechtsordnung durchgesetzt werden kann. Dabei bestimmt das Beweismaß, mit welcher Beweisstärke die streitige Tatsache erwiesen werden muss. Gegenstand der freien Beweiswürdigung ist demgegenüber, ob die erforderliche Beweisstärke auch tatsächlich erreicht worden ist. Die Beweislastregeln ordnen schließlich an, wie der Richter im Fall des *non liquet* zu entscheiden hat, wenn also eine positive oder negative Tatsachenfeststellung misslingt. Beweismaß, freie Beweiswürdigung und Beweislast liegen somit nahe beieinander und sind doch durch klare Grenzlinien voneinander getrennt.

Die folgenden Betrachtungen befassen sich – nach einem kleinen rechtshistorischen Rückblick (II.) – zunächst mit der „richterlichen Überzeugung von der Wahrheit“, also der Beweismaßfrage (III.). Im Anschluss daran wird der beweisrechtliche Weg des Richters an den Stationen des Indizienbeweises vorbei bis zur Zielflagge („... für wahr erachtet!“) abgesprochen (IV.). Dann geht es von der Theorie in die Praxis, was am Beispiel – der Jubilar möge es nachsehen – des Insolvenzanfechtungsprozesses demonstriert und anschließend mit einem Verbesserungsvorschlag zur verbalen Beweiskraftbestimmung bei Indiztatsachen verbunden werden soll (V.). Eine Zusammenfassung schließt den Beitrag ab (VI.).

II. Kleiner rechtshistorischer Rückblick auf das „Anastasia“-Urteil des III. Zivilsenats des BGH³

Im sog. *Anastasia-Prozess* machte die Klägerin Ansprüche gegen die Beklagte mit der Behauptung geltend, sie sei die am 18. Juni 1901 geborene Großfürstin Anastasia Nikolajewna Romanow, die jüngste Tochter des letzten Zaren Nikolaus II. aus dem Hause Romanow und dessen Ehefrau Alexandra Feodorowna, geb. Prinzessin Alice von Hessen und bei Rhein.

Zum Hintergrund des Verfahrens muss man wissen: Zar Nikolaus II. hatte in den Jahren 1905 und 1906 für seine Kinder Vermögenswerte nach Deutschland gebracht, insbesondere Wertpapierkonten bei einem Berliner Bankhaus eingerichtet. Daraus war der Rechtsvorgängerin der Beklagten als eine testamentarisch bestimmte Miterbin der Zarenkinder Geld aufgrund eines Erbscheins des Amtsgerichts Berlin/Mitte zugeflossen, woraus sich die Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergab. Diesen Nachlass beanspruchte nun die

³ BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946 = JuS 1970, 413.

Klägerin für sich und behauptete, die Exekution der Zarenfamilie in der Nacht zum 17. Juni 1918 in Jekatarinburg (Ural) überlebt zu haben.

Nach Klageabweisung in den Tatsacheninstanzen hatte sich der BGH aufgrund ihrer Revision mit zwei Grundsatzfragen zu befassen:

- Die eine betraf die Anforderungen und den Maßstab für die richterliche Überzeugungsbildung bei Streit über die Identität der Klagepartei, wozu der Senat eine ganz berühmte Formulierung gefunden hat, wie sich gleich zeigen wird (III).
- Bei der anderen ging es um die Art des Beweises und den Denkprozess beim Indizienbeweis; von der weithin unbekanntem Aussage zu diesem Problembereich wird anschließend die Rede sein (IV.).

III. Die Überzeugung von der Wahrheit – oder: Die Beweismaßfrage

1. Zentrum des Revisionsangriffs

Nachdem sowohl LG wie OLG Hamburg die Klägerin mit ihrer Behauptung, sie sei die jüngste Zarentochter als beweisfällig angesehen hatten, beanstandeten ihre Anwälte mit der Revision, es seien zu hohe Beweisanforderungen gestellt worden. Bei einem Streit über die Identität einer Partei hätten sich die Tatgerichte vielmehr wegen der im Fall einschlägigen Grundrechte auf Achtung der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit – in Abweichung von den allgemeinen Regeln des Zivilprozessrechts – mit einer Art Glaubhaftmachung begnügen, mithin nach dem Grundsatz „*in dubio pro libertate*“ entscheiden müssen, statt eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit zu fordern.⁴

2. Standpunkt des BGH zur geltend gemachten Beweiserleichterung

Die Auffassung, die allgemeinen Regeln des Zivilprozessrechts müssten immer dann abgewandelt werden, „wenn es um die Identität einer Partei geht oder ein Grundrecht im Spiel steht“, lehnt der III. Zivilsenat ab. Es sei kein Grund ersichtlich, dass sich das Gericht in solchen Fällen entgegen dem Gesetz mit einem geringeren Grad der Gewissheit begnügen sollte, zumal die Zivilprozessordnung eine Glaubhaftmachung mit gutem Grund nur bei Verfahren über einstweilige Regelungen (z.B. § 920 ZPO) genügen lasse.⁵ Die weitere, ausführliche, an sich lesenswerte Schilderung samt Bewertung des Senats zum Verhalten der Klägerin vor Klageerhebung und während des Prozesses im Instanzenzug interessiert hier nicht weiter.

⁴ BGHZ 53, 245, 248.

⁵ BGHZ 53, 245, 251.

3. Konkrete Aussagen des BGH zum Beweismaß⁶

Diesen Abschnitt seiner Entscheidungsgründe leitet der Senat damit ein, das Gericht dürfe zwar in der Tat keine unerfüllbaren Beweisforderungen stellen, sich aber andererseits auch nicht mit einer Wahrscheinlichkeit begnügen; vielmehr stelle § 286 ZPO darauf ab, ob der Richter selbst die Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung gewonnen habe. Dann heißt es wörtlich weiter:

„Diese persönliche Gewissheit ist für die Entscheidung notwendig, und allein der Richter hat ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen, die Entscheidung zu treffen, ob er die an sich möglichen Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt als wahr überzeugen kann. Eine von allen Zweifeln freie Überzeugung setzt das Gesetz dabei nicht voraus. Auf diese eigene Überzeugung des entscheidenden Richters kommt es an, wenn auch andere zweifeln oder eine andere Auffassung erlangt haben würden.“

Anschließend folgt die Literatur gewordene Formulierung:

„Der Richter darf und muss sich aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“.

Und gleichsam zur Kommentierung dieser Aussage schließen die Entscheidungsgründe an:

„Das wird allerdings vielfach ungenau so ausgedrückt, dass das Gericht sich mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit begnügen dürfe; das ist falsch, falls damit von der Erlangung einer eigenen Überzeugung des Richters von der Wahrheit abgesehen werden sollte.“

4. Beweismaßtheorien für den Regelfall (Regelbeweismaß) samt praktischen Konsequenzen

Diese Zitate beschreiben trefflich den bis heute maßgeblichen Standpunkt höchstrichterlicher Rechtsprechung, die vom Richter persönliche Gewissheit verlangt, wenn er eine streitige Tatsache für wahr erachten will.⁷ Folglich reicht auch eine sehr hohe, eine „mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ alleine nicht aus, vielmehr muss sich das Gericht von der Existenz

⁶ BGHZ 53, 245, 255f.

⁷ Ebenso – übrigens lange vor BGHZ 53, 245 (Urteil des III. Zivilsenats aus dem Jahr 1970) – der II. Strafsenat in BGHSt 10, 208 (aus dem Jahre 1957); näher zu diesem Merkmal der persönlichen Gewissheit und zu beiden Urteilen (einerseits Zivil-, andererseits Strafsenat) Rolf BENDER/Armin NACK/Wolf-Dieter TREUER, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Auflage München 2014, Rn. 537ff.

der Tatsache zusätzlich eine subjektive Gewissheit verschaffen. Nur unter dieser Prämisse kann man von „Wahrheitsüberzeugungstheorie“ oder Theorie der persönlichen Gewissheit⁸ sprechen. Im Ergebnis stimmt dieser Standpunkt mit der wohl herrschenden Meinung im Schrifttum überein, welche die richterliche Überzeugung von der Wahrheit nur als einen Grenzwert für das Vorliegen sehr hoher subjektiver Wahrscheinlichkeit auffasst.⁹

Nicht verwechseln darf man das mit der strengen (reinen) subjektiven Theorie, nach der es auf eine ausschließlich subjektiv verstandene Wahrheit ankommt, für die der Begriff der Wahrscheinlichkeit also keine Bedeutung hat,¹⁰ diese Auffassung definiert folglich die subjektive Überzeugung von der Wahrheit als das für den Richter allein maßgebliche Beweiskriterium.

Im Gegensatz dazu steht die sogenannte objektive Theorie, die in Letzterem gerade keinen tauglichen Maßstab sieht, vielmehr ausschließlich auf die freie richterliche Überzeugung von einem bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad abstellt.¹¹ Im Regelfall bedeutet „Wahrheitsüberzeugung“ danach also Überzeugung von einer mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit; womit zugleich das Regelbeweismaß definiert ist; einer persönlichen Gewissheit bedarf es dann zusätzlich nicht. Die Systematik zu anderen Beweismaßstufen interessiert an dieser Stelle noch nicht (dazu aber sogleich 5.); denn jetzt geht es „nur“ um die Grundsatzfrage, was Wahrheit bzw. was darunter aus richterlicher Sicht zu verstehen ist.

Nicht durchsetzen konnte sich als Regelbeweismaß weder das Überwiegensprinzip, noch die relative Beweismaßtheorie.¹² Erstere will allgemein (im Regelfall!) den Beweis schon dann als geführt ansehen, wenn die Existenz der streitigen Tatsache wahrscheinlicher ist als deren Nichtexistenz (Theorie von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit).¹³ Die andere möchte es dem Richter erlauben, das Beweismaß nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu wählen, worauf sich im Grunde genommen auch der Revisions-

⁸ In diese Richtung vor allem BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellung, Rn. 535.

⁹ MüKo-ZPO/PRÜTTING, 5. Auflage 2016, § 286 Rn. 33 mwN.

¹⁰ Reinhard GREGER, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978, S. 113ff., 121; vgl. auch Karl Heinz SCHWAB, Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Wolfgang Frisch, Köln u.a. 1978, S. 505.

¹¹ Michael HUBER, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983.

¹² Ausf. Schrifttumshinweise dazu bei MüKo-ZPO/PRÜTTING, § 286 Rn. 35.

¹³ Das ist das Beweismaß des schwedischen Rechts, dort „Överviktsprinzip“ genannt; ausf. dazu Hans-Joachim MUSIELAK, Das Överviktsprincip – Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit, in: Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, hrsg. v. Alexander Luderitz, Frankfurt a.M. 1977, S. 451ff.

angriff im Anastasia-Fall berufen hatte, was dort vom BGH aber gerade verworfen wurde.

5. Übersicht zum System zivil(prozess-)rechtlicher Beweismaßanforderungen.

Obgleich der vorstehende Teil des Beitrags „nur“ die Grundsatzfrage zum Wahrheitsbegriff diskutiert, wären die Erörterungen ohne eine wenigstens schlagwortartige Übersicht zum System abgestufter Beweismaßanforderungen im Zivilprozess unvollständig.¹⁴ Deshalb geht es jetzt um die Unterscheidung zwischen Regelbeweismaß, Beweismaßerhöhung bzw. Beweismaßermäßigung.

Sich dazu mit den Möglichkeiten und Grenzen mathematischer Methoden der Wahrscheinlichkeitsberechnung befassen zu wollen, wäre ein zu weites Feld.¹⁵ Außerdem erscheint eine tiefer gehende Debatte über ohnehin nicht verifizierbare statistische Wahrscheinlichkeitsaussagen wenig fruchtbar. Nützlich ist es aber aus praktischer Sicht, den unschwer fixierbaren obersten, mittleren und untersten Grenzwert in Prozent auszudrücken und es ansonsten bei verbalen, sich freilich an diesen Grenzwerten orientierenden Beschreibungen zu belassen. Die insoweit verwendeten Begriffe erschließen sich von selbst, nur für die Glaubhaftmachung bedarf es einer genaueren Beschreibung:

Was Glaubhaftmachen meint, definiert § 294 ZPO nicht, der lediglich die Arten der zugelassenen Beweisführung festlegt, zum Beweismaß selbst aber nichts aussagt. Gleichwohl liest die heute in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein herrschende Meinung aus dem Normzweck der Vorschrift eine Beweismaßreduzierung auf überwiegende Wahrscheinlichkeit heraus. Dieses Beweismaß meint, wie schon bemerkt, dass die streitige Tatsache wahrscheinlicher sein muss als ihr Gegenteil. Glaubhaftmachung lassen viele ZPO-Vorschriften genügen, beispielsweise §§ 44 Abs. 2, 4, 236 Abs. 2 S. 1, 406 Abs. 3, 719 Abs. 1 S. 2, 805 Abs. 4 und vor allem § 920 Abs. 2.¹⁶ Im materiellen Recht stechen umgekehrt §§ 885 Abs. 1 S. 2, 899 Abs. 2 S. 2 BGB heraus, in denen für das Merkmal „Gefährdung des zu sichernden Anspruchs“ (also für den Verfügungsgrund bei einem Gesuch auf Erlass einer

¹⁴ Im Strafprozessrecht gibt es eine vergleichbare Problemlage nicht, denn dort gilt ausschließlich das einheitliche Beweismaß des § 261 StPO; nicht verwechseln darf man das mit den Abstufungen bei Verdachtsgründen als Voraussetzung für verschiedene strafprozessuale Zwangsmaßnahmen.

¹⁵ Zur Wahrscheinlichkeitstheorie ausf. BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellung, Rn. 640ff.

¹⁶ Näher MüKo-ZPO/PRÜTTING, § 286 Rn. 41ff. (einschließlich Beweis der Kausalität und Anscheinsbeweis Rn. 47ff.).

einstweiligen Verfügung) sogar umgekehrt auf das Erfordernis einer Glaubhaftmachung verzichtet wird.

Bei der im Folgenden angebotenen Übersicht zum Beweismaßsystem darf man freilich nie außer Acht lassen, worauf es nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und hM im Schrifttum ankommt: Der Tatrichter muss sich die persönliche (subjektive) Überzeugung vom Vorliegen des konkret verlangten (objektiv zu bestimmenden) Wahrscheinlichkeitsgrades verschaffen, um so unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme in freier Überzeugung entscheiden zu können, „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei“.

Die grafische Zusammenfassung zum Beweismaßsystem sieht so aus:

Existenz der Tatsache x	Wahrscheinlichkeit dafür	Wertung/Einordnung
x besteht gewiss	100 %	theoretischer Wert, weil es absolute Gewissheit nicht gibt
x besteht „offenbar“	weniger, als gewiss, aber mehr als im Regelfall erforderlich	Beweismaßerhöhung (§ 319 Abs. 1 BGB)
x besteht „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“	(etwas) weniger als „offenbar“	Regelbeweismaß (§ 286 Abs. 1)
x ist überwiegend wahrscheinlich	mehr als 50%	Beweismaßreduzierung (für Fälle, in denen Glaubhaftmachung genügt)
für x spricht ebenso viel wie für das Gegenteil	50 %	Existenz und Nichtexistenz von x sind gleich wahrscheinlich
für x spricht weniger, ist aber nicht völlig unwahrscheinlich	$0% < x < 50%$	X ist wahrscheinlich (§ 252 S. 2 BGB = größtmögliche Beweismaßreduzierung)
x besteht nicht	0 %	x ist nicht wahrscheinlich

IV. Der beweisrechtliche Weg des Richters bis zur Ziellinie – oder: Alles (fast alles) ist Indizienbeweis

1. Unmittelbarer und mittelbarer Beweis

Das Begriffspaar „unmittelbarer – mittelbarer Beweis“ betrifft die zweite, freilich bei weitem nicht so geläufige Grundsatzaussage des III. Zivilsenats des BGH im schon oben (II.) beschriebenen Anastasia-Urteil. Dazu heißt es dort:¹⁷

„Bei der Beweisaufnahme unterscheidet man den unmittelbaren Beweis und den mittelbaren (indirekten) Beweis (Indizienbeweis). Der unmittelbare Beweis hat tatsächliche Behauptungen zum Gegenstand, die unmittelbar und direkt ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal als vorhanden ergeben sollen; der Indizienbeweis bezieht sich auf andere, tatbestandsfremde Aussagen, also Hilfsstatsachen, die erst durch ihr Zusammenwirken mit anderen Tatsachen den Schluss auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals selbst rechtfertigen sollen. Diese Hilfsstatsachen – meist Indizien oder Indizstatsachen, aber auch Beweiszeichen genannt – sind also Tatsachen, aus denen auf andere erhebliche Tatsachen geschlossen wird. Ein Indizienbeweis ist überzeugungskräftig, wenn andere Schlüsse aus den Indizstatsachen ernstlich nicht in Betracht kommen. Hauptstück des Indizienbeweises ist also nicht die eigentliche Indizstatsache, sondern der daran anknüpfende weitere Denkprozess, kraft dessen auf das Gegebensein der rechtserheblichen weiteren Tatsache geschlossen wird.“

Als erste wichtige Verfahrensregel folgt daraus: Der Richter hat vor einer Beweiserhebung zu prüfen, ob die einzelnen Indizien – ihre Erweislichkeit unterstellt – die Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten streitigen, beweisbedürftigen und entscheidungserheblichen Tatsache vermitteln, also „überzeugungskräftig“ sein könnten. Andernfalls muss er von einer Beweiserhebung absehen. Darin liegt kein Verstoß gegen das Verbot der Beweisanzipation; vielmehr trägt das Gericht nur so den Regeln der Logik Rechnung.

2. Denkprozess beim Indizienbeweis

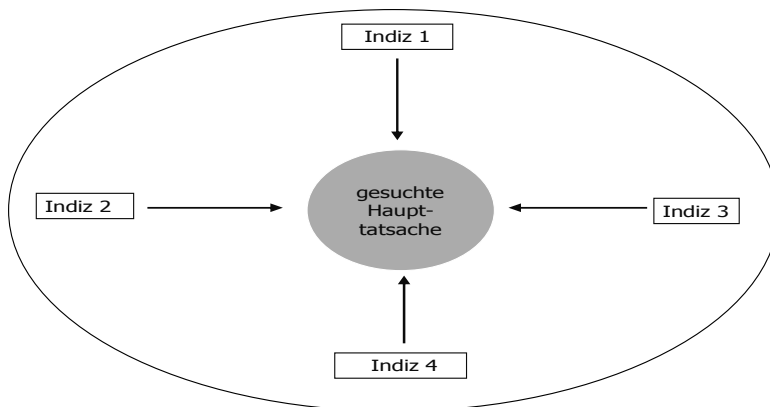
Erst nach der Antwort auf diese Vorfrage kann und darf sich das Gericht mit dem Denkprozess zum Indizienbeweis beschäftigen, der stets – übrigens

¹⁷ BGHZ 53, 245, 260f.

nach jeder Verfahrensart nach welcher Prozessordnung auch immer – in folgenden fünf Schritten verläuft:¹⁸

1. Was ist die gesuchte Haupttatsache?
2. Welches Indiz liegt hierzu vor?
3. Wie ist seine Beweisrichtung? Erhöht es die Wahrscheinlichkeit für die Existenz der Haupttatsache oder ist es bloß wertneutral? Anders gewendet (sogenannte Fragen-Trias): Wie häufig tritt das Indiz bei der Haupttatsache auf und wie häufig (auch) bei der Nicht-Haupttatsache und wo tritt es damit also häufiger auf?
4. Welche Beweiskraft (Beweisstärke) kommt dem Indiz zu?
5. Sprechen für die Haupttatsache mehrere Indizien, muss im Anschluss an die Bestimmung des Beweiswerts für jedes einzelne Indiz nach dem Gesamtbeweiswert aller gefragt werden. Dieser Schritt entfällt, wenn ein (einziges) Indiz so beweiskräftig ist, dass es zur Überzeugungsbildung ausreicht, also für sich alleine den Schluss auf die Haupttatsache zulässt.

Liegen – wie im Regelfall – mehrere Indizien vor, von denen jedes einzelne auf die gesuchte Haupttatsache hindeutet, spricht man in der Wahrscheinlichkeitslehre von einem Beweisring, wie in der folgenden Grafik ersichtlich.¹⁹



¹⁸ Ausf. dazu mit vielen einprägsamen Beispielen (freilich meist aus dem präventiven, polizeilichen/staatsanwaltschaftlichen oder dem repressiven, strafprozessrechtlichen Bereich) BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellung, Rn. 562ff.

¹⁹ Vgl. BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellung, Rn. 603: Im Beispiel dort geht es um „Trunkenheit im Verkehr“, also um die „Fahruntüchtigkeit“ als Haupttatsache. Dazu werden im Beispiel folgende, vier Indizien behandelt: Überholen, Fluchtversuch, Fahren in Schlangenlinien, BAK 0,9 Promille.

In einem solchen Fall erhöht sich der Gesamtbeweiswert aller Indizien – wenn auch nicht nach einer einfachen Additionsregel.²⁰

Vom Beweisring muss man die Beweiskette unterscheiden, bei der ein Indiz auf das nächste und erst das letzte auf die gesuchte Haupttatsache hinweist, wobei (im Unterschied zur vorherigen Variante) der Gesamtbeweiswert nach der Produktregel abnimmt.²¹

V. Von der Theorie in die Praxis des Indizienbeweises – am Beispiel des Insolvenzanfechtungsprozesses

1. Problemstellung und Rechtfertigung zur Beispielswahl samt anfechtungsrechtlichen Vorbemerkungen

Die Theorie der Wahrscheinlichkeitslehre wird ein gewöhnlicher Rechtsanwender, mithin also auch ein (gewöhnlicher) Tatrichter, vermutlich kaum völlig erfassen können, muss es aber auch nicht. Denn für die Alltagsarbeit genügt es, die beschriebenen fünf Grundregeln zum Denkprozess beim Indizienbeweis verinnerlicht zu haben und sie in ihrer Abfolge am konkreten Einzelfall logisch umsetzen zu können, was freilich anspruchsvoll genug ist.

Allerdings funktioniert der beschriebene, beweisrechtliche Weg über diese Stationen bis zur Ziellinie (richterliche Überzeugung von der „Wahrheit“) im tat-richterlichen Alltag durchaus. Dass dort nämlich Beweisanzeichen (Indizien) völlig übersehen würden, kommt praktisch nicht vor, wohl aber gibt es deutliche Defizite bei Bestimmung des Beweiswerts der Indiztatsachen. Dazu hält sich sogar die höchstrichterliche Rechtsprechung regelmäßig sehr bedeckt, beanstandet also „nur“ den Rechtsfehler bei der Beweiswürdigung (zu geringe Bewertung der Indizien) und verweist die Sache dann zum erneuten Durchgang in die Berufungsinstanz zurück (§ 563 Abs. 1 S. 1 ZPO). Der Jubilar wird (hoffentlich) Verständnis dafür haben, wenn das an Praxisfällen aus der Insolvenzanfechtung nach InsO, also anhand der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH, demonstriert wird, weil sich der Verfasser dazu (rein subjektiv!) eine gewisse Kenntnis und deshalb auch einen Verbesserungsvorschlag zutrauen zu dürfen glaubt, was freilich schon einige, zugegeben doch komplizierte Voraussetzungen erfordert:

Im anfechtungsrechtlichen Indizienprozess „spielt die Musik“ hauptsächlich beim bekanntlich besonders schwer zu führenden Beweis innerer Tatsachen; insoweit geht es zum einen um die Kenntnis des Anfechtungsgegners (Gläubigers) von der schon erfolgten Zahlungseinstellung seines Schuldners (In-

²⁰ Einschlägig ist insoweit das Theorem von Bayes, ausführlich beschrieben bei BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellung, Rn. 644ff.

²¹ Einzelheiten bei BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellung, Rn. 606ff.

solvenzschuldner) gem. § 130 Abs. 1 S. 1 InsO sowie zum anderen um den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und Kenntnis des anderen Teils davon nach § 133 Abs. 1 S. 1 InsO (bzw. in der Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens nach § 3 Abs. 1 S. 1 AnfG). Diese subjektiven Voraussetzungen enthalten dann also die jeweils gesuchte Haupttatsache; aber wann kennt sie der Anfechtungsgegner?

Das aber ist aber nur die eine Seite der Medaille, auf der anderen stehen die Indizien für das objektive Merkmal der Zahlungsunfähigkeit, an das – neben dem Antrag auf Insolvenzeröffnung – einzelne Anfechtungstatbestände anknüpfen; dabei ist nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO Zahlungsunfähigkeit „in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat“. Folglich ist dann das objektive Merkmal „Zahlungseinstellung“ die gesuchte Haupttatsache, aber wann liegt sie vor? Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung hat der Schuldner die Zahlungen eingestellt, wenn er einen wesentlichen Teil der fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlt, wobei diese Feststellung nicht nur durch eine Gegenüberstellung der beglichenen und der offenen Verbindlichkeiten (Liquiditätsbilanz), sondern eben auch mithilfe von Indiztatsachen getroffen werden kann.²² Es gibt also einen Indizienbeweis sowohl zu objektiven wie zu subjektiven Merkmalen.

2. Indizienbeweis zum objektiven Merkmal der Zahlungseinstellung

Dazu hat der BGH in einem sehr lehrreichen Fall die dort einschlägigen Indiztatsachen aufgezählt und in ihrer Relevanz für die gesuchte Haupttatsache (Zahlungseinstellung) wie folgt bewertet:²³

Indiztatsache	Bewertung
beträchtliche Zahlungsrückstände	„regelmäßig ein Indiz“
jahrelanges Nichtbegleichen von Sozialversicherungsbeiträgen	„erhebliches Beweisanzeichen“
Nicht- sowie schleppende Zahlung von Steuerforderungen	„zusätzliches Indiz“
vor sich Herschieben eines Forderungsrückstands	zur Bewertung sagt der Senat nichts, sondern nur, das Indiz widerlege die Annahme des Berufungsgerichts zu einer „geringfügigen Liquiditätslücke“

²² BGH NZI 2013, 932 = ZIP 2013, 2015 = ZInsO 2013, 1419; vgl. dazu auch das vorangegangene, in der folgenden Fn. zitierte und näher behandelte Urteil.

²³ BGH NZI 2011, 589 = ZInsO 2011, 1410.

verschiedene Vollstreckungsverfahren	„legen Schlussfolgerung auf ... nahe“
Nichteinlösung eines Schecks mangels Deckung	„[daraus] manifestiert sich ein Indiz“
Nichteinhaltung einer Ratenzahlungsvereinbarung mit dem Finanzamt	„gestattet Schluss auf ...“

Es handelt sich um ein für die Praxis der Insolvenzanfechtung ganz zentrales Urteil, in dem aber präzise Aussagen zur Beweiskraft der einzelnen Indiztatsachen bedauerlicherweise fehlen. Dabei wäre eine klarere begriffliche Positionierung nicht bloß wünschenswert gewesen, vielmehr hätte sie die Beweiswertbestimmungen rational nachvollziehbarer gemacht; das würde außerdem Tatrichtern die Arbeit ganz allgemein (über den beschriebenen Einzelfall hinaus) erheblich erleichtern. Was damit gemeint ist, wird sogleich im Verbesserungsvorschlag (4.) gezeigt. Zuvor muss aber sozusagen als retardierendes Moment ein weiterer Einschub erfolgenden:

3. Indizienbeweis bei so genannten doppel-relevanten Indiztatsachen

Es geht um die Komplettierung des schon oben in fünf Arbeitsschritten beschriebenen Denkprozesse beim Indizienbeweis, wenn bestimmte Indizien sowohl auf ein objektives Merkmal (im Beispiel: Zahlungseinstellung) wie auch zugleich auf ein subjektives (Kenntnis davon) hindeuten. Dann spricht man von doppel-relevanten Indiztatsachen. Denn die in der behandelten BGH-Entscheidung aufgezählten Indizien für das objektive Merkmal der Zahlungseinstellung sind selbstverständlich nicht etwa verbraucht, sondern weiterhin für die jetzt gesuchte Haupttatsache „Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung“ von Bedeutung. Doch wie verläuft der Denkprozess dann?

Insoweit kommt es eben wegen der Doppelrelevanz zunächst entscheidend darauf an, in einem Zwischenschritt zu klären, welche der objektiven Merkmale dem Anfechtungsgegner tatsächlich auch positiv bekannt gewesen sind. Herrscht Streit dazu, ist darüber Beweis zu erheben; scheitert dieser oder kommt es zum *non liquet*, bleibt das betroffene Indiz schlicht unberücksichtigt. Denn die Beweislast trägt insoweit nach allgemeinen Regeln der Insolvenzverwalter. Erst nach der so vorgenommenen Bereinigung folgt als nächster Arbeitsschritt die Festlegung der einzelnen Beweiswerte für die dem Anfechtungsgegner positiv bekannten Indiztatsachen und schließlich die Feststellung des Gesamtbeweiswerts.

4. Vorschlag zur verbal präziseren Bestimmung von Beweiswerten und Ausblick

Bei allen beschriebenen Fällen lautet die schwierigste Frage jeweils: Wie misst man die Beweisstärke, wie bestimmt man den Beweiswert? Exakte Prozentangaben sind auch hier (wie bei den Beweismaßstufen, S. o. III. 3. und 4.) nicht möglich, auf eine konkrete Wahrscheinlichkeitsaussage darf und braucht aber deshalb (auch hier) nicht verzichtet zu werden. Vielmehr kann man auf die dort schon dargestellten groben Werte „wahrscheinlich, überwiegend wahrscheinlich, hoch (sehr) wahrscheinlich oder mit an Sicherheit grenzend wahrscheinlich“ zurückgreifen. Denn auch vor Erfindung des Thermometers haben sich Menschen nicht davon abhalten lassen, die Wärmegrade mit den objektiven Werten „kalt, lauwarm, warm und heiß“ zu bestimmen! Die hier vorgeschlagenen Wahrscheinlichkeitswerte ersetzen damit (auch hier) nur die mangels technischer Möglichkeiten nicht exakt zu bestimmenden (Wärme-)Wahrscheinlichkeitsgrade. Letztlich kommt es nämlich nur auf den Schluss vom Wert bzw. Gesamtwert der Indiztatsachen auf die Wahrscheinlichkeit für die gesuchte Haupttatsache, also auf die Überzeugungskraft des Indizienbeweises an. Genau darin besteht das im „Anastasia-Urteil“ bezeichnete „Hauptstück des Indizienbeweises“.

Sobald sich die höchstrichterliche Rechtsprechung entschließen kann, vom Tatrichter eine konkrete Aussage zur wenn auch nur relativ grob zu beschreibenden Beweisstärke einzufordern, wird die Überzeugungskraft seines Urteils enorm gewinnen und es zugleich revisionssicherer machen. Neuerdings scheint hat der IX. Zivilsenat insoweit die Anforderungen erhöhen zu wollen. Denn in dem letzten einschlägigen Urteil zu den Indizien für eine Zahlungseinstellung formuliert der Senat, dass sie gegeben s i n d, wenn der Schuldner selbst erteilte Zahlungszusagen nicht einhält oder verspätete Zahlungen nur unter dem Druck einer angedrohten Liefersperre vornimmt.²⁴ Damit wurde dem Indiz „Zahlung unter Druck einer angedrohten Liefersperre“ zutreffend (!) sehr hohe (schon zwingende?) Kraft beigemessen, weshalb man sich letztlich doch überrascht fragt, warum der Fall dann erneut wie so oft an das Berufungsgericht zum zweiten Durchgang zurückverwiesen wurde. Die Erklärung ist freilich recht einfach: Vom Standpunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus genügt eben eine sehr hohe, sogar höchst mögliche Wahrscheinlichkeit alleine nicht, vielmehr muss sich der Tatrichter auch die persönliche (subjektive) Gewissheit dazu verschaffen (s.o. III. 4.). Letztere kann das Revisionsgericht nicht für eine eigene, endgültige Sach-

²⁴ BGH NJW-RR 2016, 939 = ZIP 2016, 1348 = ZInsO 2016, 1357; näher dazu Michael HUBER, EWiR 2016, 537.

entscheidung (§ 563 Abs. 3 ZPO) ersetzen, was nur bei Geltung der objektiven Beweismaßtheorie kein Problem wäre.

VI. Zusammenfassung

Da es Wahrheit in Form absoluter Gewissheit wegen der Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens nicht geben kann, lautet die Frage aus richterlicher Sicht, welches Beweismaß dann gilt.

- Nach höchstrichterlicher, im „Anastasia-Urteil“ begründeter Rechtsprechung verlangt § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO persönliche (!) Gewissheit des Richters, die sich regelmäßig auf eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit beziehen muss; dann spricht man vom Regelbeweismaß und vom Vollbeweis. Eine bloß auch sehr hohe Wahrscheinlichkeit alleine genügt aber nicht, vielmehr darf der Richter die streitige Tatsache nur dann für wahr erachten, wenn er von deren Existenz auch subjektiv überzeugt ist.
- Nach der strengen (reinen) subjektiven Theorie kommt es demgegenüber nur auf eine rein subjektiv verstandene Wahrheit (subjektive Überzeugung von der Wahrheit) an, wofür der Begriff der Wahrscheinlichkeit keine Bedeutung hat.
- Im Gegensatz dazu stellt die objektive Theorie alleine auf die richterliche Überzeugung von der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit als Regelbeweismaß ab, verzichtet also umgekehrt auf das Erfordernis einer zusätzlichen subjektiven Gewissheit von der Existenz der Tatsache.
- Die anderen Auffassungen im Schrifttum (Überwiegensprinzip, relative Beweismaßtheorie) haben heute nur mehr wissenschaftstheoretische Bedeutung.
- Das im Beitrag näher dargestellte System von Beweismaßänderungen im Zivilprozess (Regelbeweismaß, Beweismaßerhöhung, Beweismaßreduzierung) soll in der Zusammenfassung außer Betracht bleiben.

Und was bedeutet das alles nun für den beweisrechtlichen Weg des Richters bis zur Ziellinie, also bis zu seiner nach hM erforderlichen persönlichen Gewissheit, die es ihm erlaubt, eine streitige Tatsache „für wahr zu erachten“?

- Insoweit kommt es zunächst auf den Denkprozess bei einem Indizienbeweis – in welcher Verfahrensart auch immer – an, wobei die zentralen fünf Arbeitsschritte lauten:
 1. Was ist die gesuchte Haupttatsache?
 2. Welches Indiz liegt hierzu vor?

3. Wie ist seine Beweisrichtung?
 4. Welche Beweiskraft (Beweisstärke) kommt dem Indiz zu?
 5. Liegen, wie regelmäßig mehrere Indizien für die Haupttatsache vor, muss im Anschluss an die Bestimmung des Beweiswerts für jedes einzelne Indiz nach dem Gesamtbeweiswert aller gefragt werden? Dieser Schritt entfällt, wenn ein (einziges) Indiz so beweiskräftig ist, dass es zur Überzeugungsbildung ausreicht, also für sich alleine den Schluss auf die Haupttatsache zulässt.
- Dabei handelt es sich regelmäßig um einen sogenannten Beweisring, dessen Merkmal es ist, dass jedes Indiz auf die gesuchte Haupttatsache hinweist.
 - Bei sogenannten doppel-relevanten Indiztatsachen (Beispiele im Insolvenzanfechtungsprozess: Indizien für das objektive Merkmal der Zahlungseinstellung und zugleich für die subjektive Kenntnis des Anfechtungsgegners davon) muss zusätzlich in einem Zwischenschritt geklärt werden, welches der objektiven Indizmerkmale dem Anfechtungsgegner auch subjektiv positiv bekannt waren; bei Beweisfähigkeit oder im Fall des *non liquet* bleibt ein solches Indiz gegebenenfalls schlicht außer Betracht.
 - Auch wenn diese Systematik hinreichend bekannt erscheint und deshalb eine Beanstandung, der Tatrichter habe ein Indiz übersehen, praktisch nicht vorkommt, gibt es deutliche Defizite bei der Bestimmung des Beweiswerts einer Indiztatsache; insoweit wäre selbst in der Rechtsprechung des Revisionsgerichts eine präzisere Positionierung nicht nur wünschenswert, sondern auch rechtlich geboten.
 - Zwar sind exakte Wahrscheinlichkeitswerte (Prozent-Angaben) wie in der Naturwissenschaft nicht möglich, auf eine Wahrscheinlichkeitsaussage darf und braucht aber deshalb nicht verzichtet zu werden. Vielmehr sollte wenigstens mit auch relativ groben Werten gearbeitet werden wie „wahrscheinlich, überwiegend wahrscheinlich, hoch (sehr) wahrscheinlich oder mit an Sicherheit grenzend wahrscheinlich“.
 - Würde sich dieser Vorschlag zur Verbesserung der verbalen Präzisierung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchsetzen, würden tatrichterliche Urteile an Überzeugungskraft enorm gewinnen und revisionssicherer werden.

VII. Epilog

Auf einem ganz anderen Blatt steht, ob dieser Festschriftbeitrag den Jubilar erfreuen oder wenigsten seinem strengen, in jahrzehntelanger Schriftleitertätigkeit für die JuS gestählten Blick standhalten wird. Möge jedenfalls der Wille fürs Werk gelten – alte (nicht nur bayerische) Rechtsregel. Und – *ad multos annos!*

PS Diligentia quam in suis! Eine Weihnachtsgabe für den Jubilar

„Was ist ‚Wahrheit‘ – forensisch betrachtet und was der beweisrechtliche Weg zum Ziel?“

„Komma oder not Komma, that’s the question“ – eine kleine (Mail-) Diskussion zum Beistrich hat sich an dem Titel des vorstehenden Beitrags entzündet. Autor, Redaktion und ein Herausgeber beschäftigten sich mit dem Nichtdasein des Satzzeichens. Ist es eine Lücke oder eben keine? Der Beistrich könnte seinen Sitz finden vor dem ‚und‘ oder vor ‚betrachtet‘ oder drastischer formuliert: vor oder nach ‚betrachtet‘?

Der Duden R 82–88 der Richtlinien zur Rechtschreibung, Zeichensetzung und Formenlehre erklären das Komma (Beistrich) mit dem – wie kann es anders sein – Ergebnis, daß beide Varianten möglich sein können:

Das Komma steht, wenn eine nachgestellte genauere Bestimmung eingeleitet wird.

Das Komma kann gesetzt werden, wenn ein Satzgefüge mit einem Nebensatz beginnt.

Es steht kein Komma in gleichrangigen Aufzählungen oder Wortgruppen.

Frage der Red.: Komma vor ‚und‘?

Autor: „Verehrung zurück auch an den Mitkämpfer – aber ich vermisse den Beistrich nicht! Das ‚ist‘ klammert (Huber’sche Klammertheorie), folglich wäre ein Komma vor ‚und‘ sinnzweckwidrig, denn das würde gliedern oder trennen, meine Meinung. Außerdem kommen vorstehend schon so viele Kommas vor, dass meine Jahresration für 2016 bereits total aufgebraucht ist, das heißt (jetzt Komma?) ich müsste schon mein Kommata-Guthaben für 2017 angreifen, aber man soll nichts verschwenden.“

Ein Hrsg.: „wenn“ der Autor „zu den Kommata eine schottische Einstellung hat und/oder nur über ein schmales Jahresdeputat an ‚Kommas‘ verfügt, darf/muss er hier sparen; aber dann wäre m.E. der – unabdingbar. Doch wer würde sich erdreisten, einem Richter und Hochschullehrer zu widersprechen? Ich nicht. Dann bleibe ich eben auf meinem Komma sitzen und verprasse es anderwärts!“

Verantwortung trägt die Redaktion.