

Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2011



Realitäten des Zivilrechts Grenzen des Zivilrechts

 BOORBERG

Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2011

Realitäten des Zivilrechts Grenzen des Zivilrechts

Augsburger Tagung
7. – 10. September 2011

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.
herausgegeben von

Dr. Peter Kreutz
Norbert Renftle
Erasmus Faber
Dr. Dominik Arndt
Nikolaus Huber
Hans-Martin Schellhase
Dr. Markus Steuer

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN 978-3-415-04827-0

E-ISBN 978-3-415-05024-2

© 2012 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de | Druck und Bindung: Laupp & Göbel, Talstraße 14, 72147 Nehren

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Vorwort

Realitäten des Zivilrechts. Grenzen des Zivilrechts. lautete das übergreifende Thema während der 22. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V., die von 7. bis 10. September 2011 in der Stadt und an der Universität Augsburg stattfand. Die Wahl des Themas für eine Jahrestagung, die im 40. Jahr des Bestehens der Juristischen Fakultät in jener Stadt stattfand, die ihren Namen auf den römischen Kaiser Augustus zurückführt, kam nicht von ungefähr. Schon das Augsburger Stadtrecht des Jahres 1156, das Kaiser Friedrich Barbarossa der nachmaligen Reichsstadt gewährt hatte, weist eine bemerkenswerte Einleitung auf: Dem Rotbart zufolge müsse ein Gemeinwesen nicht nur mit Waffen geschmückt, sondern auch mit Gesetzen gerüstet sein¹. Der Stauferherrscher nahm damit einen Satz auf, den Kaiser Justinian in der *Constitutio Imperatoriam* des Jahres 533 formuliert hatte: *non solum armis decoratus, sed etiam legibus armatus*². Frei wiedergegeben meint der Kaiser mit diesem etwas skurrilen Chiasmus, ein Gemeinwesen bedürfe notwendig einer geordneten, wohl strukturierten Rechtlichkeit, um als solches funktionieren können. Der Kirchenvater Augustinus hatte diese Anforderung wenige Jahrzehnte vor dem oströmischen Kaiser noch radikaler formuliert, als er in seiner *Civitas Dei* schrieb, dass Gemeinwesen ohne innere Rechtschaffenheit letztlich bessere Räuberbanden seien³.

Um diesen Zielanforderungen genügen zu können, die bereits in den Urgründen unseres in Kontinentaleuropa geltenden Zivilrechts im spätantik-römischen Recht formuliert wurden, ist es unabdingbar, sich die Frage zu stellen, was denn nun das Zivilrecht eigentlich sei, welche Funktion es erfüllt und wo die Grenzen seiner Wirkmacht liegen. Diese Fragen, die bereits unmittelbar auf das Tagungsmotto hinleiten, lassen sich nicht einmal, letztgültig und erschöpfend beantworten. Zivilrecht ist als Produkt sozialen Zusammenwirkens ein Phänomen in Bewegung, eine sich beständig fortentwickelnde Realität. Ebenso wie sich unsere postmodern-westliche Gesellschaft fortentwickelt und veränderte soziale Wirklichkeiten hervorbringt, ergibt sich gerade auch die Anforderung an das Zivilrecht, das die Gleichordnung der Subjekte zur wesentlichen, wenn auch nicht alleini-

1 Art. 1 Augsburgs Stadtrecht 1156, siehe Appelt (Bearbeiter), Die Urkunden der deutschen Könige und Kaiser, Zehnter Band, Erster Teil. Die Urkunden Friedrichs I. 1152–1158 (Monumenta Germaniae Historica, Tomus X, Pars I) Hannover 1975, S. 246.

2 *Constitutio Imperatoriam, principium*. Ausgabe in Behrends u. a. (Herausgeber), *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen. Text und Übersetzung*, 3. Auflage, Heidelberg 2007, S. XIII.

3 Augustinus, *De Civitate Dei*, IV 4.

gen Grundlage hat, diesem Wandel Rechnung zu tragen. Vor dem Hintergrund der Variabilität unserer gesellschaftlichen Realitäten stellt sich die Frage nach den Realitäten des Zivilrechts und nach seinen Grenzen immer wieder neu.

Den 16 Referentinnen und Referenten aus Deutschland, Österreich und der Schweiz, die die diversen Facetten unseres Tagungsthemas ausleuchteten, dürfen wir an dieser Stelle recht herzlich danken, dass sie unsere Tagung durch ihre Beiträge, die in diesem Band (mit einer bedauerlichen Ausnahme) versammelt sind, inhaltlich gestaltet haben. Die Vielfältigkeit ihrer Ansätze hat auch uns Veranstalter freudig überrascht und Aspekte der von uns gewählten Thematik aufscheinen lassen, die wir zuvor nicht im Entferntesten bedacht hatten. Besonderer Dank gilt Herrn Professor emeritus Dr. *Herbert Buchner*, Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, der die Tagung am 7. September 2011 mit seinem Vortrag *Realitäten der Juristenausbildung. 40 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg* im Viermetzhof des Maximilianmuseums eröffnet hat.

An die *Universität Augsburg*, an deren *Juristische Fakultät* und an das *Augsburg Center for Global Economic Law and Regulation (ACELR)* dürfen wir ein besonderes Wort des Dankes richten, denn ohne die nachhaltige Unterstützung durch die Universität und ihre Einrichtungen sowie durch Herrn Vizepräsidenten Professor Dr. *Axel Tuma* und Herrn Dekan Professor Dr. *Ulrich Gassner* hätte es die 22. Jahrestagung unserer Gesellschaft in dieser Form nicht gegeben.

Weiterhin danken wir Herrn Dr. *Klaus Weber*, einem Lehrbeauftragten unserer Fakultät, und dem *Verlag C.H. Beck* ebenso wie dem *Nomos Verlag*, dem *Springer Verlag*, dem *Verlag Mohr Siebeck* und dem *C.F. Müller Verlag*, die alle zum Gelingen der Tagung beigetragen haben. Ganz besonderer Dank gilt Herrn Dr. *Marc Kaiser* und der *AUDI AG*, der Internationalen Rechtsanwaltssozietät *Shearman & Stearling* und dort insbesondere Herrn Rechtsanwalt Dr. *Hans Jürgen Meyer-Lindemann* sowie der *Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH*, die sämtlich unsere Tagung mit namhaften Beiträgen gefördert haben. Danken dürfen wir auch der *Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung* und deren Vorsitzendem, Herrn Notar Professor Dr. *Rainer Kanzleiter*, Honorarprofessor der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, sowie der *Gesellschaft der Freunde der Universität Augsburg* und der *Juristischen Gesellschaft Augsburg* um ihren Vorsitzenden Herrn Professor Dr. *Hans-Ulrich Jerschke* für die Unterstützung unserer Tagung ebenso wie der *Hanns Martin Schleyer-Stiftung*, die unseren Kongress unter dem Patronat von Herrn Professor Dr. *Michael Kort* und Herrn Professor Dr. *Christoph Becker* in ihre Förderinitiative *Junge Wissenschaft und Praxis* aufgenommen hat. Schließlich möchten wir ausdrückliche Worte des Dankes an die *Kurt und Felicitas Viermetz Stiftung* und deren vornehmlichen

Stifter Herrn *Kurt Viermetz*, einen Ehrensensator unserer Universität, richten!

Besonders akzentuieren in der Reihe der Bedankten dürfen wir Herrn Dr. *Arnd-Christian Kulow* und den *Richard Boorberg Verlag*, die diesen Tagungsband verlegen und ohne deren langjährige Unterstützung es Gesellschaft und Jahrestagung in dieser Form nicht gäbe!

Danken dürfen wir schließlich dem Herrn Ministerpräsidenten des Freistaates Bayern, Herrn *Horst Seehofer*, S.K.H. Prinz *Luitpold von Bayern* sowie Herrn berufsmäßigen Stadtrat Dr. *Volker Ulrich* für ihre freundlichen Worte, die sie an die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Jahrestagung gerichtet haben!

Eine Tagung wie diese 22. Jahrestagung unserer Gesellschaft organisiert sich nicht von selbst, es ist vielmehr eine Vielzahl helfender Hände erforderlich, um ein viertägiges Programm vorzubereiten und reibungslos durchzuführen. All jenen, die dazu beigetragen haben, diese Tagung Wirklichkeit werden zu lassen, sei an dieser Stelle herzlicher Dank gezollt! Besonderer Dank gilt den Mitgliedern des Organisationsteams, das die wesentliche Vorbereitungslast getragen hat. Dank also an Herrn Dr. *Dominik Arndt*, Frau *Nicola Birk*, Herrn *Matthias Clauser*, Herrn *Andreas Conow*, Frau *Wilma Dewald*, Herrn *Erasmus Faber*, Herrn *Peter Gseller*, Herrn *Nikolaus Huber*, Herrn *Mathias Ihn-Danner*, Herrn *Benedikt Inhester*, Herrn Dr. *Peter Kreutz*, Herrn *Robert Lepiarczyk*, Frau *Julia Menges*, Herrn *Norbert Renftle*, Herrn *Hans-Martin Schellhase*, Herrn *Jan Singbartl* und Herrn Dr. *Markus Steuer*. Besonderer Dank geht gerade auch an die studentischen Mitarbeiter des Organisationsteams, die ebenfalls an den verschiedensten Stellen erheblich zum Erfolg dieser Tagung beitragen: *Andrea Elst*, *Alisa Erlacher*, *Daniel Förg*, *Michael Haller*, *Andrea Ilk*, *Christian Kanth*, *Simon Koch*, *Carmen Lehmeier*, *Martina Paun*, *Ionut Radulescu*, *Karin Reiser*, *Matthias Reiser*, *Xenia Wagner*, *Alexander Weber* und *Kathrin Zwölfer*!

Wir alle haben uns über den regen Zuspruch, den unsere 22. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V. bei den Kolleginnen und Kollegen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz (und gar über die drei Länder hinaus) sowie in der fachöffentlichen Publizistik gefunden hat, sehr gefreut und würden uns wünschen, dass ein entsprechendes Interesse auch künftigen Tagungen unserer Gesellschaft gelten möge! Im kommenden Jahr, vom 5. bis zum 8. September 2012, wird die 23. Jahrestagung in Berlin gemeinschaftlich an Freier Universität und Humboldt-Universität stattfinden; das Thema wird *Macht im Zivilrecht* lauten. Im Jahre 2013 wird die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V. wohl in Bern zu ihrer 24. Jahrestagung zusammenkommen.

Augsburg, im Oktober 2011

Dr. Peter Kreutz

Inhaltsverzeichnis

Rechtsphilosophie an den Grenzen des Rechts – vom Nutzen eines Grundlagenfaches	
Claudius Hübbe	11
Das Prognoseprinzip im Zivil- und Wirtschaftsrecht	
Marcus Bieder	23
Zur effizienzorientierten Kontrolle von AGB nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	
Christian Lange	51
Das wirtschaftliche „Ist“. Eine vergleichende Untersuchung des Stellenwerts der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Zivil- und Steuerrecht	
André Meyer	69
Law and Development: Vom Einfluss des Zivilrechts auf die wirtschaftliche Entwicklung	
Alexander Hellgardt	97
Der Umgang mit Legal Transplants am Beispiel des Aktienrechts	
Timo Fest	119
Produktsicherheit: Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts. Zur präventiven Wirkung der Rückrufflicht des Warenherstellers	
Mareike Schmidt	163
Wartet an den Grenzen des Zivilrechts das Strafrecht?	
Jan Eichelberger	185
Funktionale Grenzen des Kennzeichenschutzes am Beispiel der Eventmarke und Ambush Marketing	
Mark Lerach	213
Standardisierungsvereinbarungen. Ein erster Schritt zu einem modernen Patentrecht?	
Philipp Maume	239
Anfänglich unmögliche Leistungen als Wette gegen die Wissenschaft	
Maximilian Becker	263
Realitäten des Mobbings als Grenzerfahrung des Zivilrechts	
Wiebke Brose	289

Vertragsrettung durch Zivilgerichte

Rupprecht Podszun 305

Iustitia Bona Mediatrix?

Martin Engel 343

Recht und Realität im schweizerischen Familiennamensrecht

Ulrich Zelger 357

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber 385

Rechtsphilosophie an den Grenzen des Rechts – vom Nutzen eines Grundlagenfaches

Claudius Hübbe

Inhalt

Einleitung	11
Die rechtliche Grenzerfahrung	12
Gerechtigkeit und Rechtswissenschaft	12
These: Grenzen des Rechts hängen mit Gerechtigkeitsproblemen zusammen	13
Familienrecht	13
Erbrecht	14
Leistung der Rechtsphilosophie	15
John Rawls: A Theory of Justice	17
Utilitaristische Gerechtigkeitskonzepte	19
Beispielhafte Anwendung der Theorien	19
Ausblick	22

Einleitung

Die Rechtsphilosophie ist unverzichtbares Instrument gelungener Rechtsentwicklung. So sehr das positive Recht atomisiert ist¹ – intern und extern zersplittert, so wenig sich theoretische und dogmatische Klammern um verschiedene Expertenrechtsgebiete finden lassen;² die Grundlagen des Rechts konnten und können helfen, gelungenes Recht zu setzen. Und gerade die Rechtsphilosophie trifft Aussagen über eine konsensfähige Kategorie für die Bewertung gelungenen und schlecht gelungenen Rechts: Gerechtigkeit. Gerechtigkeit, mit der sich die Juristen im Studium wenig beschäftigen. Die wenig mit Recht zu tun haben soll. Die, deren Erscheinen im wissenschaftlichen Diskurs zuweilen skeptisch beäugt wird. Dabei ist Gerechtigkeit nicht so beliebig und zwingend subjektiv. Sie ist zugegebenermaßen in einer pluralistischen Gesellschaft selten eindeutig. Doch lassen sich Gerechtigkeitskonzeptionen praktisch einsetzen. Die Rechtswissenschaft muss sich der Rechtsphilosophie, genauer gesagt der Gerechtigkeitswissenschaft als Methode bedienen. Dass dies trotz der Unüberschaubarkeit der Rechtsphilosophie und der vertretenen Gerechtigkeitskonzeptionen ein tat-

1 Lindner, Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft in RW 2011, 2.

2 Lindner, a. a. O.

sächlich hilfreicher und gangbarer Ansatz sein kann, soll in der Folge illustriert werden.

Die rechtliche Grenzerfahrung

Wann stößt das Recht an seine Grenzen? Eine mögliche Lesart ist, dass Grenzen des Rechts anzunehmen, wenn das Recht an Akzeptanz, Durchsetzbarkeit verliert oder gar nicht erreicht, auch weil das gesetzte Recht Sachverhalte nicht oder nicht mehr fassen kann.³ Die Rechtsphilosophie kann natürlich nicht an allen Grenzen des Rechts, nicht einmal nach dieser einschränkenden Lesart, helfen: Wenn etwa 1959 das Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen eingeführt wird, um Ausbau- und Wirtschaftlichkeit der Luftfahrt zu stärken, lässt sich sicherlich vertreten, dass eine solche Regelung gerechtigkeitsneutral ist. Der mögliche Nutzen der Rechtsphilosophie mag dann minimal sein.

Die Rechtsphilosophie ist aber immer dann von Nutzen, wenn Grenzen des Rechts mit Gerechtigkeitsproblemen einhergehen.

Gerechtigkeit und Rechtswissenschaft

Nun lernen die Juristen schon zu Beginn des Studiums – anders als vom juristischen Laien erwartet –, dass Recht nicht so einfach mit Gerechtigkeit gleichgesetzt werden kann. Für viele Juristen ist gerade *das* ein Ausweis an Professionalität: gegenüber dem Begriff „Gerechtigkeit“ eine betonte Skepsis an den Tag zu legen. Auch in der Wissenschaft gilt die Berufung auf die Gerechtigkeit teilweise als Zeichen rechtlicher Begründungsschwäche oder methodischer Naivität.⁴ Gerechtigkeit wird dann oft als notwendig subjektive, emotionale Kategorie verstanden.

Auch in der Rechtsphilosophie wurde und wird die Ansicht vertreten, dass die Rechtsphilosophie nicht entscheiden könne, wie zu setzendes Recht aussehen solle, sondern nur, was als Recht gelte.⁵ Eine „reine“ Rechtsphilosophie, der nur eine Erkenntnis-, jedoch keine Bekenntnisfunktion zukommt.⁶ Indes ist sehr zweifelhaft, ob es überhaupt ideologiefreies Recht gibt, ob nicht jeder rechtlichen Ordnung ein weltanschauliches Konzept und auch Gerechtigkeitsideen zu Grunde liegen.⁷

3 Als Beispiel einer anderen Lesart: Horn, Entgrenzung des Rechts durch wirtschaftliche Globalisierung, in Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, 179.

4 Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit, S. 1.

5 Osterkamp, a. a. O.; *Hegel* bezeichnet die Rechtswissenschaft demgemäß als historische Wissenschaft, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 212; selbst die Frage nach der Geltung des Rechts soll nur im „Extremfall“ gestellt werden dürfen, Osterkamp, S. 40.

6 Ilmar Tammelo, Was ist und was soll die Rechtsphilosophie heute? in Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, 167 (171).

7 Etwa: Rüthers, Immer auf der Höhe des Zeitgeistes?, S. 20f.

These: Grenzen des Rechts hängen mit Gerechtigkeitsproblemen zusammen

Der Blick auf markante Rechtsentwicklungen der jüngeren Geschichte und Gegenwart soll verdeutlichen, wieso hier für eine gewichtigere Rolle der gerechtigkeitswissenschaftlich orientierten Rechtsphilosophie eingetreten wird.

Familienrecht

Die größeren Familienrechtsreformen der 50er⁸ und 70er⁹ Jahre des letzten Jahrhunderts schafften vor allem geschlechterspezifische Privilegien ab. Der Ehe name war nicht mehr zwangsläufig derjenige des Mannes. Der Ehemann konnte nicht mehr den Arbeitsvertrag der Ehefrau kündigen. Die Ehefrau konnte ohne Zustimmung ihres Ehemannes über die Ausübung eines Berufes entscheiden, etc.¹⁰ Wieso wurde das Familienrecht eigentlich reformiert? Ohne ins Detail zu gehen, lag dies nicht an soziologischen Faktoren im engeren Sinn.¹¹ Ehen gab es davor und in den fünfziger Jahren wie in den Siebziger. Dass Leute verheiratet waren, war insofern keine neue, unregelte Situation, die das Recht deshalb an seine Grenzen stoßen ließ. Aber: Das Verständnis des gesellschaftlichen Zusammenlebens änderte sich. In den Anfangsjahren der Bundesrepublik herrschte das „bürgerliche Familienmodell mit nicht erwerbstätiger Mutter“¹² vor. Der Mann vertrat die Familie nach außen, die Frau vertrat die Familie innerhalb des häuslichen Wirkungskreises. Das Grundgesetz enthielt schon das Verbot geschlechtsspezifischer gesetzlicher Diskriminierung. Doch die speziellen positivrechtlichen Änderungen erfolgten nicht sofort, sondern erst nach Jahrzehnten.¹³ Einerseits mag das Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 GG vielen noch als untragbar im Bereich der Ehe erschienen sein.¹⁴ Andererseits war eine Ehe, die auf Unterordnung setzte, für viele auch nicht mit ihren Grundansichten zu vereinbaren. Die Ehen solcher Bürger mögen tat-

8 Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau vom 18. Juli 1957, BGBl. I S. 609.

9 1. Eherechtsreformgesetz vom 14. Juni 1976, BGBl. I S. 1421.

10 Vgl. hierzu Bosch, Entwicklungslinien des Familienrechts von 1947 bis 1987, NJW 1987, 2617.

11 Zu einigen Disziplinen, die eine Verbindung zum Familienrecht haben sollen, Bosch, Familienrechtsreform in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, FamRZ 1979, 739 f.

12 Nave Zerz in: Kontinuität und Wandel der Familie in Deutschland, S. 45.

13 Bosch, Fn. 10.; Macke, Bürgerliches Recht in Deutsche Rechtspolitik, S. 120 f., 131.

14 „dann soll man die Not unserer Gestaltungsunfähigkeit bekennen, aber die Gleichberechtigung nicht als befreienden Fortschritt begrüßen. Wenn sich das soziale Gefüge unter dem Druck des Gerechtigkeitspathos zur Indifferenz ausgestaltet, wenn es de jure nicht mehr Mann und Frau, sondern nur Menschen mit verschiedenen Geschlechtsmerkmalen gibt – dann soll man das ehrlich aussprechen, es aber nicht im Nebel fortschrittlicher Wohlmeinlichkeit verschleiern.“ Dombos, Gleichberechtigung der Geschlechter – Fortschritt oder Not?, in Familienrechtsreform – Dokumente und Abhandlungen, S. 87 f.

sächlich einfach nicht mehr nach dem rechtlichen Rahmen gelebt worden sein. Man kann daher davon sprechen, dass das Familienrecht in der Nachkriegszeit enorme „Grenzerfahrungen“ durchlebt hat.

Erbrecht

Das Erbrecht hingegen ist in der Sache recht stabil geblieben. Zwar wurden steuerliche Gesichtspunkte verändert, auch inhaltlich erfolgten Änderungen. Viele Veränderungen können aber als reine rechtstechnische Reaktion auf Änderungen im Familienrecht zurückgeführt werden.¹⁵ Auch wenn unter vielen Erbrechtlern System und Gestaltung ihres Rechtsgebietes als gelungen gelten –¹⁶ die Diskussion um das Erbrecht reißt nicht ab. Der 68. Deutsche Juristentag beschäftigte sich im letzten Jahr genau mit dieser Frage: Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?¹⁷

Dass das Erbrecht nicht mehr zeitgemäß sein könnte, hat mit mehreren Dingen zu tun. Hier gibt es eine soziologische Komponente. Die Lebenserwartung der Menschen hat sich massiv verändert. Es wird daher im Schnitt später vererbt, die Erben sind dann ebenfalls älter. Eine ökonomische Funktion des Erbrechts – die Versorgung noch auf Unterstützung der Eltern angewiesener Kinder – hat sich daher zumindest verändert. Inwiefern muss die Testiermacht der Erblasser vor Einwirkungen durch Erben oder potentielle Erben geschützt werden, aber auch: Inwiefern bedürfen nachfolgende Generationen Schutz vor einer Herrschaft aus dem Grabe heraus?¹⁸ Die erbrechtlichen Wirkungsweisen, die Stellung der Kinder als gesetzliche Erben, die Wirkungsdauer testamentarischer Bestimmungen entstammen nicht einer modernen, liberalen und republikanisch verfassten Gesellschaft. Das Erbrecht muss sich daher die Frage stellen lassen, ob es nicht an seine Grenzen stößt.

Sowohl die angesprochenen familienrechtlichen Regelungen der frühen Jahre der Bundesrepublik wie auch die skizzierte Situation erbrechtlicher Regelungen eint, dass die (mögliche) Reformbedürftigkeit nicht darauf zurückgeführt werden kann, dass die gesetzlichen Regelungen unverständlich oder ihre Genese „handwerklich“¹⁹ zu beanstanden wäre. Vielmehr stellte sich bei den familienrechtlichen Regelungen die Frage, ob diese Regelungen überhaupt noch als gerecht gelten könnten. Nach hier vertretener Ansicht ist das genau die Frage, die sich auch hinter der Frage, ob das Erbrecht zeitgemäß ist, versteckt: Sind das Erbrecht und seine Regelungen überhaupt gerecht?

15 Otte in ZEV 2004, 9 (13).

16 Staudinger/Otte, vor §1922, Rn. 140.

17 Röthel, Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag.

18 Vgl. Röthel, a. a. O.; Kroppenber, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, NJW 2010, 2609; Klingelhöffer, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, ZEV 2010, 385.

19 Also im Sinne der Gesetzgebungslehre.

Leistung der Rechtsphilosophie

Wie gelungenes Recht (inhaltlich) beschaffen sein soll, damit es als gelungen oder „gut“ gelten kann, ist heillos umstritten. Trotz der Vielfalt an Ansichten zu einer bestimmten Regelung, gibt es ein Kriterium, das als konsensfähig und verallgemeinerbar gelten kann: Beinahe Einigkeit besteht in der Forderung, dass gute, gelungene Gesetze zumindest nicht ungerecht sein sollen. Gesetze sollen also vor allem nicht ungerecht sein und Ungerechtigkeiten verhindern.²⁰

Für den Begriff der Ungerechtigkeit als Kriterium spricht auch, dass er gut zu handhaben ist: Es fällt viel leichter, eine Ungerechtigkeit zu identifizieren als eine Gerechtigkeit. Eine positive Definition eines Gerechtigkeitsverständnisses ist aller Wahrscheinlichkeit nach stets höchst abstrakt. Sie ist zudem noch niemandem in einer Weise gelungen, die allseitige Zustimmung fände.²¹ Wenn man die Prämisse unterschiedlicher Lebensentwürfe in einer pluralistischen Gesellschaft anerkennt, wäre eine verallgemeinerungsfähige Gerechtigkeitskonzeption auch mehrdeutig.²²

Diese Mindestbedingung guter Gesetze, vielleicht die einzige, die man getrost als konsensfähig bezeichnen kann, führt einige zu dem Schluss, dass die ganze Rechtsgeschichte eine Antwort auf konkret gewordene Gerechtigkeitsprobleme ist.²³ Wenn die Gerechtigkeitsfrage – jedenfalls für die Rechtswissenschaft in unserer Gesellschaft – durch die Negation von Ungerechtigkeit zu beantworten ist, bietet sich die Formulierung an: Fragestellungen bei Anwendung und Setzen von Recht gehen mit Ungerechtigkeitsproblemen einher.

Problematisch ist die negative Annäherung an das Gerechtigkeitsproblem nicht. Nach einigen ist die Gerechtigkeit erst Produkt der Ungerechtigkeit. Diese Autoren stellen meist auf Enttäuschungen kindlicher Vertrauenshaltungen ab.²⁴ Ähnlich wie die Verteidigung notwendig den Angriff voraussetzt, entstünde ohne die Erfahrung von Ungerechtigkeit erst gar keine Gerechtigkeitskonzeption. Zweitens ist es überhaupt nichts Ungewöhnliches, Begriffe nicht positiv abstrakt definieren zu können. So konstatierte schon Kant, dass in der „Philosophie die Definition ... das Werk eher

20 Kriele, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, S. 14 ff., Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, u. a. S. 34 ff.

21 Klenner, Gerechtigkeitstheorien in Vergangenheit und Gegenwart in: Sitzungsberichte der Leibniz-Sozietät, Bd. 8, S. 91.

22 Rüthers, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, S. 17 ff.

23 Kriele, Fn. 20, S. 19, 94.

24 Vgl. hierzu Kriele, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, S. 13 ff.

schließen als anfangen müsse.“²⁵ Bei Kant definiert sich Freiheit demnach auch durch das Gegenteil von Unfreiheit.

An dieser Stelle muss klargestellt werden, dass der ausufernde Gebrauch des Wortes „Gerechtigkeit“ auf einer politisch-alltäglichen Sprachebene nicht mit dem Gebrauch auf einer wissenschaftlichen Sprachebene kongruiert. „Gerechtigkeit“ hat teilweise jegliche begriffliche Kontur verloren und kann lediglich ausdrücken, dass der jeweilige Sprecher mit etwas nicht einverstanden ist.²⁶ Philosophische Gerechtigkeitskonzeptionen können aber Erfahrungen von Ungerechtigkeit von einfacher Unzufriedenheit abgrenzen, indem sie abstrakte Kriterien für ungerechte Sachverhalte bieten.²⁷ Sie können die Diskussion um die Frage nach dem Gerechtigkeitswert um einen weniger subjektiven Maßstab bereichern und die Argumentationsebene auf ein höheres Niveau befördern.

Wenn die Rechtsphilosophie nun in der Lage ist, eine Mindestbedingung, sogar eine inhaltliche Mindestbedingung zu postulieren, dann darf sich der Rechtswissenschaftler dem nicht verschließen. Die vorangegangene Skizzierung des Gerechtigkeitsproblems legt auf den ersten Blick nahe, dass dazu unzählige Gerechtigkeitstheorien erst einmal verstanden werden müssten. Wenn es keine allgemein akzeptable Gerechtigkeitskonzeption gebe, müsse dies zwingend in eine Aporie führen. Dies ist sicherlich nicht notwendig. Denn wenn wir davon sprechen, wie die Rechtsphilosophie an den Grenzen des Rechts helfen kann, geht es uns nicht um die Erkenntnis von Wahrheiten. Die Rechtsphilosophie mag Grundlagenfach sein, ist in der Rechtspolitik aber doch nur Hilfswissenschaft. Insofern ist die vorgeschlagene Methode nicht auf die Erkenntnis einer einzigen, richtigen und allgemeingültigen Definition von Gerechtigkeit gerichtet.²⁸ Sie führt daher nicht in eine Aporie durch die Beachtung unzähliger verschiedenster Gerechtigkeitstheorien.²⁹ Vielmehr geht es darum, die Mindestbedingung gelungenen Rechts so gut wie möglich umzusetzen.³⁰

25 KrV AA III, S. 479. Weiter Kant an gleicher Stelle: „Würde man nun eher gar nichts mit einem Begriffe anfangen können, als bis man ihn definiert hätte, so würde es gar schlecht mit allem Philosophiren stehen.“

26 Kluth, Facetten der Gerechtigkeit, S. 123.

27 Bzw. diese Abgrenzung zumindest nachvollziehbar angehen.

28 Bydlinksi, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, S. 336: „Eine so verstandene Gerechtigkeit ist kein menschliches, sondern göttliches Attribut.“

29 Es gibt natürlich auch Gerechtigkeitstheorien, die sich rechtspolitisch wohl kaum nutzbar machen lassen, etwa bei Luhmann; Dass Gerechtigkeitskonzeptionen praktisch nutzbar gemacht werden können, vergleicht *Bydlinksi* mit der Kritik der Unanwendbarkeit eines Gleichheitssatzes aus theoretischer Perspektive, siehe hierzu Bydlinksi, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, S. 346 f.

30 In der Gerechtigkeitswissenschaft der Philosophie dreht sich ein gewichtiger Streit gerade um diese Frage: Muss eine Theorie die Anforderungen für eine vollständige, allgemeine und ideale Verwirklichung von Gerechtigkeit bestimmen oder kann eine Gerechtigkeitstheorie

Ob die Mindestbedingung eingehalten wird, kann überprüft werden, indem die jeweilige Norm unter die Gerechtigkeitskonzeption subsumiert wird. Dazu muss man sich zuerst die Frage stellen, ob die jeweilige Gerechtigkeitskonzeption überhaupt Aussagen zu dem jeweiligen Norminhalt trifft. Anschließend kann erkannt werden, ob die Norm gegen diese Gerechtigkeitskonzeption verstößt, nicht verstößt oder wie sich die Norm unter bestimmten empirischen Annahmen oder Wertungen zu der Gerechtigkeitskonzeption verhält. Zur Umsetzbarkeit müssen einzelne Gerechtigkeitskonzeptionen ausgewählt werden. Welche das sein müssen, lässt sich nicht allgemein entscheiden. Vorzugswürdig erscheinen Gerechtigkeitskonzeptionen, die über eine gewisse Relevanz verfügen. Da eine eigene Beurteilung der Relevanz denjenigen, der sich nicht hauptsächlich mit der Gerechtigkeitswissenschaft beschäftigt, leicht überfordern wird, kann eine relevante Konzeption von einer weniger relevanten dadurch unterschieden werden, dass sie in der Rechtsphilosophie diskutiert wird. Verstößt die betreffende Norm gegen alle zu Rate gezogenen Gerechtigkeitskonzeptionen, wird dies ein Indiz dafür sein, dass eine solche Norm nicht als gelungen gelten wird. Anschließend kann man sich fragen, ob der gleiche gesetzgeberische Zweck auch ohne den für die Gerechtigkeitskonzeptionen kritischen Teil erreicht werden kann oder ob sich die Norm dahingehend modifizieren lässt. Ist die Norm nur in Bezug auf einige Gerechtigkeitskonzeptionen problematisch, kann die gleiche Verfahrensweise angewandt werden. Es ist aber auch möglich, dass man die jeweilige Gerechtigkeitskonzeption ablehnt und sie damit für nur mittelbar relevant hält. Führt eine Beurteilung der Norm durch die Gerechtigkeitskonzeptionen zu keiner Bewertung als ungerecht, ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Norminhalt nicht als ungerecht beurteilt werden wird. In der Folge soll nun exemplarisch anhand skizzierter Gerechtigkeitstheorien gezeigt werden, wie ein solches Unterfangen zu einem Ergebnis gebracht werden kann.

John Rawls: A Theory of Justice

John Rawls veröffentlichte 1979 ein auf dem Gedanken der Fairness aufbauendes Gerechtigkeitskonzept, das die Diskussion um Gerechtigkeitskonzepte immer noch weltweit bestimmt. Rawls spricht der Gerechtigkeit fundamentale Bedeutung zu:

„Gerechtigkeit ist die erste Tugend sozialer Institutionen, so wie die Wahrheit bei Gedankensystemen. Eine noch so elegante und mit sparsamen Mitteln arbeitende Theorie muss fallengelassen oder abgeändert werden,

auch nur beabsichtigen, die jeweiligen Verhältnisse zu verbessern? Siehe etwa Amartya Sen, *The Idea of Justice* 2009, S. 34 ff.; auch zusammenfassend bei Kluth, *Facetten der Gerechtigkeit*, S. 134. Nach hier vertretener Auffassung kann, jedenfalls soweit die Gerechtigkeitswissenschaft innerhalb der Rechtspolitik im weiteren Sinne eingesetzt wird, nur die zweite Auffassung zum Tragen kommen.

wenn sie nicht wahr ist; ebenso müssen noch so gut funktionierende und wohlabgestimmte Gesetze und Institutionen abgeändert oder abgeschafft werden, wenn sie ungerecht sind”.³¹ Rawls gründet seine Konzeption auf eine Vertragstheorie. Das bedeutet, dass – wie etwa bei Kant, Hobbes oder Rousseau – ein hypothetischer Urzustand beschrieben wird, in dem sich die Gesellschaft verfasst. Rawls postuliert für dieses Gedankenexperiment einen „Schleier des Nichtwissens“. Fair könne es nur zugehen, wenn niemand um seine Stellung in der Gesellschaft, nicht einmal um seine Fähigkeiten, Geschlecht oder Aussehen weiß. Die Menschen wissen in diesem Urzustand nicht einmal, in welcher Generation sie geboren würden oder auf welcher Entwicklungsstufe ihre Zivilisation steht. Sie kennen aber allgemeine Tatsache über die menschliche Psychologie und auch die Grundzüge politischer und ökonomischer Theorie.³² In diesem Zustand, in dem jeder annehmen muss, mit einer schlechteren Position in der Gesellschaft zurechtzukommen, würden die Menschen folgende Grundsätze wählen:³³

1. „Jede Person hat den gleichen unabdingbaren Anspruch auf ein völlig adäquates System gleicher Grundfreiheiten, das mit demselben System von Freiheiten für alle vereinbar ist.“
2. „Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten sind so zu regeln, dass sie sowohl (a) den am wenigsten Begünstigten die bestmöglichen Aussichten bringen als auch (b) mit Ämtern und Positionen verbunden sind, die allen gemäß der fairen Chancengleichheit offenstehen.“³⁴

Das bedeutet, dass sich die Menschen im Urzustand auf ein möglichst umfassendes Grundrechtssystem einigen würden. Welche Grundfreiheiten das sind, hängt von der jeweiligen Gesellschaft ab. Rawls geht davon aus, dass man sich unter anderem auf Gewissens-, Gedanken-, Religions- und Redefreiheit, aktives und passives Wahlrecht, einen gewissen mindestens eigentumsähnlichen Schutz vor staatlichen Eingriffen, ein Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot einigen würde.³⁵ Der zweite Satz sagt aus, dass Gesetze zwar nicht alle formal gleich behandeln sollen. Bestehen oder schafft man aber Ungleichheiten, so ist dies nur zulässig, wenn dadurch auch die am wenigsten Privilegierten einen Vorteil haben. Der Grundgedanke ist der, dass es unfair ist, wenn ohnehin schon besser Gestellte von Ungleichheiten zusätzlich profitieren. Rawls setzt also als Referenz für die Plausibilität seiner Argumentation ein System radikaler

31 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 19.

32 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 159 f.

33 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 31 f., .

34 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 104.; die Formulierung der Gerechtigkeitsgrundsätze wird von *Rawls* in der Folge nach und nach modifiziert.

35 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 233 ff.

Gleichheit.³⁶ Dieser zweite Satz soll sich nach Rawls Gerechtigkeitskonzeption ausdrücklich auf Institutionen beziehen.³⁷ Zu den Institutionen einer Gesellschaft gehört auch das Recht.³⁸

Utilitaristische Gerechtigkeitskonzepte

Nach utilitaristischem Verständnis sind für die ethische Beurteilung einer Norm die Folgen der Norm maßgeblich. Das Beurteilungskriterium der Folgen bildet ihr Nutzen.³⁹ Utilitaristische Gerechtigkeitskonzepte gehen daher grundsätzlich davon aus, dass eine Handlung oder eine Regel dann gerecht ist, wenn sie den maximalen Nutzen bringt. Eine Gesellschaft ist dann richtig beschaffen, wenn ihre Institutionen die Summe des Nutzens maximieren. Ebenso müssen die rechtlichen Institutionen, allen voran das gesetzte Recht, dazu beitragen können, dass eine Nutzensummenmaximierung möglich ist.⁴⁰ Dabei ist eine utilitaristische Theorie in der Sache wertfrei.⁴¹ Was als Nutzen angesehen wird, lässt sich durch die Theorie nicht herleiten. So existieren verschiedene Spielarten, die etwa auf volkswirtschaftliche Aspekte und/oder Lebensqualität⁴² abstellen. Nach hier vertretener Auffassung ist es für die Anwendung einer utilitaristischen Gerechtigkeitstheorie in rechtspolitischen Fragestellungen nötig, die Grundzüge der verfassungspolitischen Ordnung, also ein System nur im Ausnahmefall verletzbarer Grundfreiheiten und die Grundzüge staatlicher Legitimation zu akzeptieren. Es kann bei der hier vorgeschlagenen Anwendung von Gerechtigkeitskonzeptionen nur darum gehen, innerhalb der staats- und verfassungstheoretischen Voraussetzungen Ungerechtigkeiten zu identifizieren. Ansonsten dürfte man nicht einzelne Normen beurteilen, sondern müsste das gesamte Gesellschaftssystem einer Prüfung durch Gerechtigkeitskonzeptionen unterziehen.

Beispielhafte Anwendung der Theorien

Die Theorien sollen auf ein exemplarisches Grenzproblem angewendet werden. Der Jurist muss sich dabei an die grundrechtlichen Wertungen halten, an die er in der jeweiligen Rechtsordnung ohnehin gebunden ist. Er muss sich damit in der Schweiz, Österreich und Deutschland auch an den Grundsatz pluralistischer Lebensentwürfe in einer republikanisch verfassten Gesellschaft orientieren. Dem wird gerade der Ansatz verschiedener

36 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 83 f.

37 Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 85.

38 Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 308.

39 Lasars, Die klassisch-utilitaristische Begründung der Gerechtigkeit, S. 24.

40 Daraus wird auch klar, dass es hier nur um die Kategorie des Utilitarismus gehen kann, die als Regelutilitarismus bezeichnet wird.

41 Aber bei kaum einem Autor wertneutralistisch, siehe Lasars, a. a. O. m. w. N.

42 „It is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong“, Bentham, A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government, S. 393.

Gerechtigkeitskonzeptionen gerecht,⁴³ da der Jurist sich so nicht dem Vorwurf ausgesetzt sehen muss, die Möglichkeit differierender Gerechtigkeitsverständnisse ausgeblendet zu haben.

Anfangs wurde behauptet, das Erbrecht stoße an die Grenzen des Rechts. Nach dieser Behauptung könnte es ein sinnvolles Unterfangen sein, erbrechtliche Regelungen auch unter dem Aspekt der Erfüllung der genannten Mindestbedingung – der Abwesenheit von Ungerechtigkeit – durch Gerechtigkeitskonzeptionen zu untersuchen. Exemplarisch soll dies hier an einer Möglichkeit der Nachlassregelung versucht werden. Es besteht in Deutschland die Möglichkeit, den Nachlass in einer Familienversorgungsstiftung zu organisieren. Die Familienversorgungsstiftung ist eine privatnützige Stiftung, die es dem Stifter ermöglicht, den Zugriff der Erben auf den Nachlass zu verhindern und stattdessen rechtsgeschäftlich eine Stiftung zu errichten. Diese hat dann den Zweck, eine – zum Beispiel monatliche – Auszahlung an die eigentlichen Erben, in der Regel an alle Nachkommen zu tätigen. Das Vermögen der Stiftung ist rechtlich verselbstständigt. Bei der Errichtung fällt Erbschaftsteuer an, zudem muss alle dreißig Jahre Erbersatzsteuer gezahlt werden.⁴⁴ Oft wird der Stiftung ein Unternehmen zugewandt, damit die Destinatäre, die sonst Erben wären, nicht direkt auf das Unternehmen zugreifen können, sondern nur von dessen Ertrag profitieren.⁴⁵ Ebenso können aber die Gläubiger der Destinatäre auch nicht auf das Stiftungsvermögen zugreifen, sondern nur auf deren einklagbare Ansprüche aus dem Stiftungsgeschäft.⁴⁶

Nach Rawls müsste man nun die Frage stellen, ob durch die rechtliche Möglichkeit, eine Familienstiftung zu gründen, auch die weniger Begünstigten einen Vorteil erlangen. Referenz hierzu wäre das normale Erbrecht der Universalsukzession.⁴⁷ Der am wenigsten Begünstigte ist ein Mensch, dessen Familien- und Klassenherkunft ungünstiger ist als die der Destinatäre der Stiftungen und der mit weniger natürlichen Gaben gesegnet ist.⁴⁸ Erhalten diejenigen Bevölkerungsgruppen, für die die Gründung einer Familienstiftung nicht vernünftigerweise in Betracht gezogen werden kann, einen Vorteil?⁴⁹

43 Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, S. 336.

44 Troll/*Gebel*, § 3 ErbStG, Rn. 321.

45 Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, Kapitel 1, Rn. 59 ff.

46 Feick, ZEV 2011, 404.

47 Rawls sieht sein Konzept der Fairness als nicht komplett durchsetzbar an, solange es Familie gibt. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 94.

48 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 118.

49 Angeblich raten Praktiker zur Gründung einer Familienstiftung ab einem Vermögen von 80 Millionen Euro, siehe: Über die Berge, abgerufen unter <http://www.manager-magazin.de/magazin/artikel/0,2828,737731-4,00.html>.

Die Familienstiftung wird gerade dadurch charakterisiert, dass sich der Kreis der Begünstigten an Verwandtschaftsmerkmalen orientiert. Die nur abstrakt bestimmten Destinatäre werden auf unbestimmte Zeit regelmäßig mit einem Geldbetrag versorgt. Davon profitieren die weniger Begünstigten nicht, jedoch unterscheidet sich allein die Auswahl der Begünstigten aus verwandschaftlicher Bindung nicht vom gesetzlichen Fall des Vererbens. Eine Besonderheit an der Familienstiftung besteht aber darin, dass die Begünstigung nicht in der Übertragung eines einmaligen hohen Geldbetrags, sondern in der Übertragung eines regelmäßigen, aber kleineren Geldbetrags auf unbestimmte Zeit besteht. Dadurch kann zum einen die Stellung der Abkömmlinge in der Gesellschaft gewahrt werden. Das Risiko, das Erbe schnell auszugeben und das Vermögen „unter den Leuten“ zu verteilen, besteht bei einer Nachlassregelung mittels einer Familienstiftung nicht. Der soziale Status der Destinatäre wird geschützt.⁵⁰ Durch die Perpetuierung des sozialen Status werden die weniger Begünstigten benachteiligt. Schließlich ist es im Extremfall möglich, dass Gläubiger der Destinatäre trotz eigentlicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit⁵¹ nicht auf das Vermögen zurückgreifen können, aus dessen Erträgen oder Bestand sich der Unterhalt des Destinatärs ergibt.⁵² Die Familienstiftung scheint daher nach Rawls ungerecht, die sie ermöglichenden Gesetze damit auch. Nach Rawls bestünde ein Bedürfnis, die Möglichkeit der Errichtung einer solchen Stiftung zu verbieten. Eventuell können nur die aus Sicht dieser Theorie gerechtigkeitskritischen Teile aus der rechtlichen Grundlage der Familienstiftung gestrichen werden.⁵³

Nehmen wir hingegen eine utilitaristische Perspektive ein, stellt sich zuerst die Frage nach der Nutzendefinition. Der Nutzen soll an dieser Stelle mit betriebs- und volkswirtschaftlichen Faktoren definiert werden: Durch die Stiftung wird Kapital verselbstständigt, das zum einen der Inflation preisgegeben sein kann. Zum anderen können Gläubiger möglicherweise Forderungen gegen Begünstigte der Stiftung nicht vollstrecken, obwohl diese eigentlich wirtschaftlich abgesichert sind. Schließlich wird in der Stiftung Kapital gebunden, das sich nicht anderweitig einsetzen lässt. Keine noch so große Familie ist davor gefeit, auszusterben. Für solche Sachverhalte gibt es einige Beispiele, vornehmlich bei gemeinnützigen Stiftungen. Nach Turgot, einem französischen Enzyklopädisten – Teil einer Gruppe, die der Aufklärung zuzuordnen ist – sei Europa 1757 von Leprö-

50 Reuter, Wiederbelebung der Fideikommission im Rechtskleid der privatnützigen Stiftung? In GS Eckert, 677 (679).

51 Soweit sie auf unabsehbare Zeit mit einem die Lebensführung deckenden Betrag rechnen können.

52 Reuter, Wiederbelebung der Fideikommission im Rechtskleid der privatnützigen Stiftung? In GS Eckert, 677 (691).

53 Etwa durch eine zeitliche Begrenzung der Stiftung auf wenige Jahre.

senstiftungen übersät gewesen, ohne dass die Lepra noch mehr als vereinzelt auftrat.⁵⁴ Der Stifterwille überdauert die Zeit, kann sich aber nicht, allenfalls schlecht, an die sich stetig verändernden Gegebenheiten anpassen. Er ist zu statisch. Das sind alles volkswirtschaftlich unliebe Konsequenzen. Man müsste wohl schon einen Nutzenbegriff ansetzen, der Familiengeschichte selbst als gesellschaftlichen Nutzenwert ansieht oder zumindest der familiären Bindungswirkung, die eine solche Stiftung entfalten kann, beträchtliches Gewicht zumessen. Die Familienstiftung ist auch aus Sicht utilitaristischer Theorien problematisch. Denn was im Recht der Nutzensumme schadet, ist aus dem Recht zu eliminieren.

Ausblick

Die Rechtsphilosophie lässt sich praktisch einsetzen. Sie liefert Gerechtigkeitskonzeptionen, die nicht nur intuitiv nachvollziehbar sind und über die diskutiert werden kann. Sie kann Normen dem Vorwurf der Ungerechtigkeit aussetzen und die genauen Bestimmungen identifizieren, die den Ungerechtigkeitsvorwurf tragen. Dadurch können auch die Gerechtigkeitskonzeptionen benannt werden, die nicht entgegenstehen. Dieser Einsatz der Rechtsphilosophie ist nicht begrenzt und vor allem dann von Nutzen, wenn es sich um Bestimmungen von gewisser gesellschaftlicher Relevanz handelt.

⁵⁴ Strachwitz, Die Stiftung – ein Paradox?, S. 54 ff.

Das Prognoseprinzip im Zivil- und Wirtschaftsrecht

– der Versuch einer Antizipation künftiger Realitäten –

Marcus Bieder

Inhalt

I.	Einführung	24
1.	Bedeutung von Prognoseentscheidungen im Zivil- und Wirtschaftsrecht	24
2.	Prognoseentscheidungen im Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit	26
II.	Leitlinien für die Ermittlung der Prognosegrundlage	27
1.	Trennung von prognoserelevanten Tatsachen und Erfahrungssätzen	27
2.	Bedeutung der Vergangenheit für den Blick in die Zukunft	27
III.	Festlegung des normativ unzureichend konkretisierten Prognosemaßstabs	29
1.	Maßstabbildung als Akt der Risikozuweisung	29
2.	Beispiele für Konkretisierungsbemühungen	30
3.	Möglichkeiten und Grenzen einer teleologischen Festlegung des Prognosemaßstabs innerhalb eines flexiblen Wertungssystems	31
IV.	Bestimmung des Beurteilungszeitpunkts und -zeitraums	36
1.	Auswahl des maßgeblichen Betrachtungszeitpunkts	36
2.	Bemessung des Prognosezeitraums	37
V.	Flankierende Instrumente zur Absicherung oder Vermeidung irrtumsanfälliger Prognoseentscheidungen	40
1.	Verdachtskündigung im Arbeitsrecht	40
2.	Abmahnung von Pflichtverletzungen im Dauerschuldverhältnis	41
3.	Einbettung von Prognosen in nach Verhältnismäßigkeitsgesichts- punkten abgestimmte Referenzsysteme	42
VI.	Abänderung und Korrektur von Fehlprognosen	43
1.	Explizit normierte Korrekturmechanismen	44
a)	Abänderungsklage nach § 323 ZPO	44
b)	Verfahrenseinstellung bei Wegfall des Insolvenzgrunds, § 212 InsO	44
c)	Abänderung von Sorgerechtsentscheidungen	45
d)	Verallgemeinerungsfähigkeit der Detailregelungen?	45
2.	Indienstnahme des allgemeinen Privatrechts als Änderungs- instrumentarium	46

3. Möglichkeiten und Grenzen einer Prognosekorrektur durch Rechtsfortbildung 46

VII. Zusammenfassung 49

I. Einführung

1. Bedeutung von Prognoseentscheidungen im Zivil- und Wirtschaftsrecht

Das Generalthema „Realitäten des Zivilrechts“ provoziert die Frage, was eigentlich Realitäten sind. Der Duden definiert den Begriff als Wirklichkeit, Gegebenheit oder tatsächliche Lage¹, in der Quintessenz also als einen Bestand unverrückbar feststehender Tatsachen. Solche Realitäten sind aus der universitären Ausbildung und dem Referendariat zur Genüge bekannt. Fest steht der Klausursachverhalt. Ihn zu ändern, ist bekanntlich eine Tod-sünde. Fest stehen auch – wenngleich z. T. als Fiktion – die nach den Regeln der Darlegungs- und Beweislast zusammengetragenen, unstreitigen oder zur Überzeugung des Gerichts bewiesenen Tatsachen. Diese Realitäten bilden aber nur einen Ausschnitt der juristisch relevanten Wirklichkeit. Die Rechtsordnung kann und darf sich nicht darauf beschränken, auf vergangene oder aktuelle Geschehnisse zu reagieren, obgleich nur diese hinreichend sicher zu ermitteln sind. Recht besitzt auch und gerade eine präventive Funktion – es soll kommenden Konflikten vorbeugen.² Zu den juristisch relevanten Realitäten zählen somit notwendig künftige Entwicklungen, weshalb in nahezu allen Bereichen des Zivil- und Wirtschaftsrechts Prognosen zu erstellen sind.

Ausgehend von der Prämisse, dass die Kündigung keine Sanktion, sondern ein Mittel zur Vermeidung künftiger Störungen des Vertragsverhältnisses ist³, wird z. B. der gesamte arbeitsrechtliche Kündigungsschutz von Prognoseentscheidungen – nach Einschätzung von *Preis* sogar von einem Prognoseprinzip⁴ – durchzogen.⁵ Vergleichbare Überlegungen sind im Kon-

1 *Duden*, Fremdwörterbuch, 8. Aufl. 2005, S. 882.

2 *Raiser*, Das lebende Recht, 3. Aufl. 1999, S. 199; *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 72 ff., 78 f.

3 *V. Hoyningen-Huene*, RdA 1990, 193, 199; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 323; *Stückmann/Kohlepp*, RdA 2000, 331, 334, 339; abw. BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 – Abmahnung, wonach die Abmahnung als Vorstufe der Kündigung zumindest auch Sanktionscharakter besitze.

4 *Preis*, Prinzipien, § 12.

5 *Fischermeier*, in: *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz (KR)*, 9. Aufl. 2009, § 626 BGB Rn. 110 ff.; *MünchKomm-BGB/Henssler*, 5. Aufl. 2009, § 626 Rn. 109 ff.; *Herschel*, FS.f. Müller, 1981, 191, 202 f.; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 14. Aufl. 2007, § 1 Rn. 189 ff.; *Preis*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt (APS)*, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, Grund-

text der Gesellschaftsauflösung und des Gesellschafterausschlusses⁶ sowie im Leistungsstörungenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches geläufig.⁷ Im Zentrum der Frage, ob die Befristung eines Arbeitsvertrags nach dem TzBfG zulässig ist, steht die Einschätzung, dass der Arbeitsbedarf zeitlich limitiert besteht.⁸ Bei Unternehmensinsolvenzen hängt die Entscheidung über die Erhaltung oder Liquidation von einer Fortführungsprognose ab. Ein Unterhaltsanspruch basiert nicht nur auf der aktuellen Leistungsfähigkeit des Schuldners und der Bedürftigkeit des Gläubigers (§§ 1602 Abs. 1, 1603 Abs. 1 BGB), sondern impliziert zugleich, dass beide Merkmale künftig erfüllt sein werden. Zahlreiche Institute des Privatrechts, allgemeine Rechtsprinzipien und unbestimmte Rechtsbegriffe weisen prognostische Komponenten auf: Im Schadensersatzrecht ist die Schadenseentwicklung, etwa beim Ersatz von Folge- und Spätschäden, abzuschätzen. Das elementare Prinzip der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel fragt hypothetisch danach, welche Folgen verschiedene Konfliktlösungsalternativen haben werden.⁹ Im Familienrecht hängt die Konkretisierung des Kindeswohls (§ 1666 BGB) selbstverständlich nicht nur davon ab, ob eine bestimmte Maßnahme aktuell für die Entwicklung des Kindes förderlich ist, sondern auch, ob sie dies künftig sein wird.

Der Kreis ließe sich beliebig vergrößern. Vor diesem Hintergrund kann dies nicht der Ort sein, um eine geschlossene Systematik oder umfassende Methodik privatrechtlicher Prognoseentscheidungen zu entwerfen. Vielmehr sollen einige grundsätzliche Überlegungen zu einem noch wenig erforschten Phänomen¹⁰ angestellt sowie Gefahren und Schwächen eines Instruments aufgezeigt werden, das jeder Jurist als selbstverständlichen Bestandteil seines Arbeitsalltags empfindet.

lagen H Rn. 74 ff.; nach BVerfG NZA 1995, 619, 621 ist diese Entscheidungsmethode verfassungsgemäß.

6 Vgl. BGHZ 1, 324, 333; *Grunewald*, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, 1987, S. 14 ff., 27; *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl. 2010, § 140 Rn. 6; *Rimmelspacher*, AcP 173 (1973) 1, 6f.

7 Exemplarisch zu § 314 BGB unten IV. 2.

8 BAG NZA 2001, 721, 722; BAG AP Nr. 192 zu § 620 BGB – Befristeter Arbeitsvertrag; *APS/Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 50 ff.; *Boecken/Joussen*, TzBfG, 2. Aufl. 2010, § 14 Rn. 15.

9 Augenfällig ist dies beim Grundsatz der Erforderlichkeit des Mittels, der nur Eingriffe gestattet, wenn es keine gleich geeigneten, für den Betroffenen milderen Alternativen gibt, BVerfGE 25, 1, 17 f.; BVerfGE 92, 262, 273; *Grabitz*, AöR 98 (1973) 568, 573; *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 56 ff.; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 19.

10 *Preis*, Prinzipien, S. 322: „bisher kaum gewürdigtes Prinzip“. Allenfalls im Kündigungsschutz- und Insolvenzrecht ist eine monographische Aufarbeitung erfolgt. Vgl. *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht, 1995; *Honstetter*, Die Prognoseentscheidung des Arbeitgebers im Kündigungsrecht, 1994; *Karollus*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung, 1997.

2. Prognoseentscheidungen im Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit

Der Grundkonflikt, den Prognoseentscheidungen hervorrufen, ist evident. Einerseits ist der Blick in die Zukunft unvermeidlich fehleranfällig, jede Vorhersage nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil.¹¹ Ob sich ein verhaltensbedingt gekündigter Arbeitnehmer künftig vertragskonform verhalten oder eine zahlungsunfähige Gesellschaft ihre Liquidität wiedergewinnen wird, grenzt mehr oder minder an Spekulation. Wenn und soweit die Rechtsordnung Prognosen zulässt, nimmt sie daher in Kauf, dass der rechtlichen Bewertung irrealer Sachverhalte zugrunde gelegt werden, dass Abstriche im Hinblick auf die materielle Gerechtigkeit der Entscheidung zu machen sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Korrektur von Fehlprognosen nicht zugelassen oder dem die Vorhersage wagenden Rechtssubjekt eine gerichtlich nicht oder nur eingeschränkt kontrollierbare Einschätzungsprärogative zugebilligt wird.¹² Andererseits kann das Recht – erinnert sei an den Justizgewährleistungsanspruch¹³ und grundrechtliche Schutzpflichten des Staates¹⁴ – häufig nicht abwarten, bis sich bestimmte, nur wahrscheinliche Entwicklungen realisieren. Vielmehr muss es, selbst um den Preis des Irrtums, Schwebezustände vermeiden, um Rechtssicherheit zu schaffen. Der Schutz des Arbeitgebers vor vertragswidrig agierenden Beschäftigten, der Insolvenzgläubiger oder des Kindeswohls duldet keinen unbegrenzten Aufschub. Die Zulassung und Ausgestaltung von Prognoseentscheidungen ist deshalb nicht nur eine partielle Kapitulation vor den Unwägbarkeiten der Realität, sondern zugleich ein Akt der Risikozuweisung in dem für das Privatrecht grundlegenden Konflikt zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit.

11 BVerfGE 57, 139, 159; Müller, ZGR 1985, 191, 201; Preis, Prinzipien, S. 323; in der Sache übereinstimmend BAGE 32, 85, 95.

12 Zumeist wird ein solcher Spielraum verneint; zu § 1666 BGB BayObLG FamRZ 1996, 1031, 1032; BayObLG FamRZ 1998, 450; MünchKomm-BGB/Olzen, 5. Aufl. 2008, § 1666 Rn. 137; zum KSchG BAGE 11, 225, 231; BAG EzA Nr. 34 zu § 1 KSchG – Betriebsbedingte Kündigung; Preis, Prinzipien, S. 337f. Anders liegen die Dinge ausnahmsweise bei Prognoseentscheidungen von Leitungsorganen im Gesellschaftsrecht. Vgl. dazu, vor dem Hintergrund der sog. Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG), Fest, NZG 2011, 540 ff.; Fleischer, NZG 2011, 521 ff.; Lutter, ZIP 2007, 841 ff. Erkennt man insoweit eine weitgehende, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative an, stellen sich viele Folgefragen – etwa diejenige nach der Notwendigkeit einer Prognosekorrektur – nicht.

13 BVerfGE 54, 277, 291; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 19 IV Rn. 352 ff.

14 Vgl. dazu, insbes. zu den Auswirkungen auf die Privatrechtsgestaltung, Canaris, AcP 184 (1984) 201, 225 ff.; Greiner, Ideelle Unzumutbarkeit, 2004, S. 332 ff.; Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 101 ff.

II. Leitlinien für die Ermittlung der Prognosegrundlage

1. Trennung von prognoserelevanten Tatsachen und Erfahrungssätzen

Die erste wichtige Weichenstellung betrifft die Frage, auf welcher Grundlage Vorhersagen zu erstellen sind. Insoweit dürfte unstrittig sein, dass eine Prognose, wenn sie nicht zur Spekulation verkommen soll, auf Tatsachen oder Geschehensabläufe gründen muss, die sich gerade im zu betrachtenden Rechtsverhältnis zugetragen haben.¹⁵ Im Kontext des strukturell verwandten Phänomens der richterlichen Schadensschätzung (§ 287 ZPO) ist z. B. anerkannt, dass eine von konkreten Anhaltspunkten losgelöste, „ins Blaue“ abgegebene Schätzung unzulässig ist.¹⁶ Die Anbindung der Prognose an eine Tatsachenbasis stellt zwar nur ein geringfügiges Zugeständnis an die materielle Gerechtigkeit dar. Sie schließt es aber immerhin aus, dass allein aufgrund allgemeiner Erfahrungssätze, statistischer Allgemeinplätze o. ä. belastende Rechtsfolgen angeordnet werden können, ohne dass es einen konkreten Anlass gab.

2. Bedeutung der Vergangenheit für den Blick in die Zukunft

Welches Gewicht einschlägige, d. h. gleichartige oder zumindest ähnliche Tatsachen aus der Vergangenheit für die Vorhersage der Zukunft besitzen, lässt sich weniger eindeutig fassen. In der Theorie wird gemeinhin von einer gewissen, aber zumeist einfach zu widerlegenden Indizwirkung ausgegangen. Bei personenbedingten Kündigungen werden z. B. Anzahl und Dauer bisheriger Erkrankungen als Anhaltspunkt angesehen¹⁷, ohne jedoch aus häufigen Erkrankungen Beweiserleichterungen zugunsten des Arbeitgebers abzuleiten oder gar einen Erfahrungssatz aufzustellen, dass zurück-

15 BAG NZA 2004, 477, 478; BAG NZA 1989, 461, 463 f.; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, 7. Aufl. 2008, § 1 KSchG Rn. 296; Kittner/Deinert, ebd., § 1 KSchG Rn. 47a; Preis, Prinzipien, S. 338 f.; ferner Enderlein, RdA 2000, 325 ff.: Nicht auf konkrete Tatsachen gestützter Vertrauensverlust rechtfertigt eine Kündigung nicht. Zum Befristungsrecht APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 50; KR/Lipke, § 14 TzBfG Rn. 69; zu § 1666 BGB BayObLG FamRZ 1999, 316, 317; Staudinger/Coester, BGB, Neubearb. 2009, § 1666 Rn. 190. Auch im Insolvenzrecht entspricht es allg. Ans., dass die Fortführungsprognose „eine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchzuführende Ertrags- und Finanzplanung voraussetzt“, also auf Tatsachen zu gründen ist; OLG München GmbHR 1998, 281, 282; OLG Schleswig GmbHR 1998, 536; Birk, ZIP 2000, 1709, 1710 ff.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. zu § 64 Rn. 28; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 19 Rn. 43. Prägnant aus strafrechtlicher Sicht OLG Hamburg NJW 1984, 1635 f.: Prostituierte stünden nicht allgemein im Verdacht der Steuerhinterziehung.

16 BGHZ 91, 243, 256 f.; BGH NJW 1987, 909, 910; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 287 Rn. 4.

17 BAG NZA 1984, 93, 95; BAG EzA Nr. 41 zu § 1 KSchG – Krankheit; APS/Dörner, § 1 KSchG Rn. 140; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1 Rn. 193; Preis, Prinzipien, S. 326.

liegende Mehrfacherkrankungen den Schluss auf eine anfällige gesundheitliche Konstitution des Arbeitnehmers rechtfertigen.¹⁸ Entsprechend wird bei Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohls argumentiert: Vergangene Ereignisse wie eine Unterhaltspflichtverletzung oder die Missachtung familiengerichtlicher Weisungen sollen nur widerlegbare Indizien sein, aber keine prozessuale Vermutung begründen.¹⁹

In der Praxis kann man sich allerdings des Eindrucks nicht erwehren, dass Prognosen eher der alten Volksweisheit „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht ...“ folgen und schlicht die Vergangenheit unverändert in die Zukunft projizieren. Dieses Vorgehen mag man als mit dem Wesen von Vorhersagen unvereinbar kritisieren. Bei Lichte betrachtet ist es aber häufig ohne Alternativen, da die Vergangenheit aus je nach Art der Prognosesituation unterschiedlichen Gründen überragendes Gewicht für die Vorhersage besitzt. Teilweise stellt der vergangene Umstand – bei der Arbeitsbedarfsprognose im Zusammenhang mit betriebsbedingten Kündigungen oder der Fortführungsprognose im Insolvenzrecht – kein einzelnes Ereignis, sondern das Resultat einer über einen längeren Zeitraum andauernden, Zufälle nivellierenden und deshalb validen Sammlung von Einzeldaten dar. Dies gilt z. B. für die Umsatz-, Auftrags- oder Gewinnentwicklung eines Unternehmens. Entsprechend berechtigt ist dann, wenn keine greifbaren gegenteiligen Anhaltspunkte für einen Bruch der Entwicklung bestehen, eine Kontinuitätsvermutung. Hinzu kommt, dass nach dem geltenden Beweisrecht der ZPO eine über die Fortschreibung der Vergangenheit hinausgehende Verifizierung von Vorhersagen, etwa durch Gutachten zur Belastbarkeit betriebswirtschaftlicher Aussagen des Unternehmers, zu volkswirtschaftlichen Konjunkturzyklen oder zur Entwicklung bestimmter Branchenkennzahlen wie Umsatz und Auftragslage, an fehlenden Vergleichsdaten scheitert und, wenn überhaupt, nur mit unverhältnismäßigem Aufwand oder untunlichem Zeitverlust²⁰ zu leisten wäre.

In anderen Fällen, etwa Sorgerechtsentscheidungen oder verhaltensbedingten Kündigungen, ergibt sich die Notwendigkeit einer Vorhersage dagegen häufig aus einem isolierten Anlass, einer einzelnen, gravierenden Pflichtverletzung. Für die Einschätzung, ob sich dieses Verhalten wiederholen kann, steht, weil insoweit letztlich der mitunter irrationale Wille des Sorgerechtsinhabers oder Arbeitnehmers den entscheidenden Faktor

18 BAG NZA 1984, 93, 95; LAG Hamm EzA Nr. 6 zu § 1 KSchG – Krankheit; APS/Dörner, § 1 KSchG Rn. 140; Preis, Prinzipien, S. 326; a. A. Birkner-Kuschyk/Tschöpe, DB 1981, 267, 268 f.

19 Palandt/Diederichsen, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1666 Rn. 10; MünchKomm-BGB/Olzen, § 1666 Rn. 138 f.; in der Sache auch Erman/Michalski, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1666 Rn. 6; Staudinger/Coester, BGB, § 1666 Rn. 190.

20 Verzögerungen verträge z. B. das – deshalb mit geringeren Rechtsschutzmöglichkeiten ausgestattete – Eilverfahren der Insolvenzeröffnung nicht. Vgl. Uhlenbruck/Pape, InsO, § 34 Rn. 1 m. w. N.

bildet, nur das vergangene Verhalten als einigermaßen objektivierbares Faktum zur Verfügung. Für beide Situationen gilt schließlich, dieser Vorgriff sei gestattet, dass die vergangenen Tatsachen häufig die einzige überhaupt einer rationalen Beurteilung zugängliche Komponente von Prognoseentscheidungen darstellen, weil die weiteren für die Risikoverteilung maßgeblichen Entscheidungsbestandteile, insbesondere die Definition des Prognosemaßstabs und -zeitraums, kaum justiziabel sind. Die Ausrichtung der Prognose an der Vergangenheit offenbart also, um im Bilde des Generalthemas zu bleiben, dass die Antizipation der Zukunft an die „Grenzen des Zivilrechts“ stößt.

III. Festlegung des normativ unzureichend konkretisierten Prognosemaßstabs

1. Maßstabsbildung als Akt der Risikozeuweisung

Justiziabilitätsdefizite bestehen vor allem bei der für den Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit wegweisenden Auswahl des Prognosemaßstabs. Handelt es sich bei Prognosen um Wahrscheinlichkeitsurteile, ist es unvermeidbar zu klären, wie wahrscheinlich genau ein Geschehensablauf sein muss, um als juristisch relevante Realität Urteilsgrundlage werden zu können. Reicht es aus, dass es sich nur um eine von mehreren möglichen Entwicklungen handelt? Muss eine Vorhersage, obgleich mit erheblichen Unsicherheiten behaftet, lediglich wahrscheinlicher sein als ihre Alternativen? Ist eine überwiegende oder gar an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit zu fordern? Bei dieser Entscheidung handelt es sich nicht um terminologische Glasperlenspiele. Die Auswahl des Maßstabs enthält vielmehr die Wertentscheidung, in welchem Umfang dem zur Vorhersage Berufenen ein Recht zum Irrtum zusteht und inwieweit er das Risiko von Fehleinschätzungen vorläufig oder endgültig auf andere Rechtssubjekte abwälzen darf.²¹ Dieser Zusammenhang lässt sich zu der Erkenntnis verdichten, dass je geringer der geforderte Wahrscheinlichkeitsgrad ist, desto größer – und umgekehrt – die aus der Prognose resultierenden Belastungen für denjenigen sind, der sie als verbindlich hinnehmen muss.

²¹ Dies gilt im Grundsatz unabhängig von der Anerkennung eines nicht justiziablen Prognosespielraums. Denn die gerichtliche Kontrolle beugt primär der mit jeder Form nicht-konsensualer Entscheidungsfindung verbundenen Gefahr der einseitigen Interessendurchsetzung vor. Den prognosespezifischen, gerade aus der Unwägbarkeit der Zukunft resultierenden Risiken kann der Richter dagegen i. d. R. nicht besser begegnen als ein Privater.

2. Beispiele für Konkretisierungsbemühungen

Die Rechtspraxis hält sehr unterschiedliche, im Detail streitige sowie konflikt- und rechtsgebietsspezifisch differenzierende Versuche zur Maßstabskonkretisierung bereit. Im Kontext der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) soll es nach dem Willen des Gesetzgebers ausreichen, dass die Illiquidität *wahrscheinlicher* ist als deren Vermeidung.²² Für die Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 InsO wird dagegen eine *hinreichende*²³ oder *überwiegende* Wahrscheinlichkeit²⁴ des Sanierungserfolgs gefordert. Bei Maßnahmen zur Sicherung des Kinderwohls wird üblicherweise mit dem Hinweis operiert, dass die Gefahr eines erheblichen Schadens für die persönliche Entwicklung des Kindes mit *ziemlicher Sicherheit* vorzusehen ist.²⁵ Hinsichtlich der Vermögenssorge wird diese Vorgabe jedoch häufig relativiert und die lediglich *wahrscheinliche* oder *naheliegende Möglichkeit* einer Schädigung infolge der Verwaltung durch den bisherigen Sorgerechtsinhaber für ausreichend gehalten.²⁶ Für Vorhersagen im Kündigungsschutzrecht herrscht schließlich vollständige Verwirrung. Einige prominente Stimmen fordern eine *an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit* der Vorhersage²⁷, andere begnügen sich damit, dass die Prognose *vernünftig*²⁸, *plausibel* oder *nachvollziehbar*²⁹ sein muss.

22 BT-Drs. 12/2443, S. 115; *Uhlenbruck*, InsO, § 18 Rn. 11.

23 Beck'sches GmbH-Handbuch/*Nonnenmacher*, 1. Aufl. 1995, § 15 Rn. 7; ebenso *Axhausen*, 4. Aufl. 2009, § 15 Rn. 53.

24 BGH, NJW 1998, 233, 234; *Hess*, Insolvenzrecht, 2007, § 19 Rn. 27; *Pape* in: *Kübler/Prütting/Bork* (KPB), InsO, Stand Mai 2011, § 19 Rn. 37; *Schaub*, DStR 1993, 1483, 1485; *Schmerbach*, in: *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 5. Aufl. 2009, § 19 Rn. 19 f.; enger OLG Düsseldorf WiB 1997, 1087, 1088 (Wahrscheinlichkeit ausreichend).

25 BGH LM Nr. 4 zu § 1666 BGB; BayObLG FamRZ 1978, 135, 136; BayObLG FamRZ 1996, 1031, 1032; *Palandt/Diederichsen*, BGB, § 1666 Rn. 10; *Erman/Michalski*, BGB, § 1666 Rn. 6; *MünchKomm-BGB/Olzen*, § 1666 Rn. 50.

26 *Staudinger/Coester*, BGB, § 1666 Rn. 163; *MünchKomm-BGB/Olzen*, § 1666 Rn. 138; großzügiger *Palandt/Diederichsen*, BGB, § 1666 Rn. 24: „nicht ganz von der Hand zu weisende Möglichkeit“.

27 v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1 Rn. 198; *Kittner/Däubler/Zwanziger/Deinert*, KSchR, § 1 KSchG Rn. 47a.

28 *KR/Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 527; *Backmeister/Trittin/Mayer*, KSchG, 4. Aufl. 2009, § 1 KSchG Rn. 329 (jew. zur betriebsbedingten Kündigung); ähnl. *APS/Preis*, Grundlagen H Rn. 79 (Eintritt des betrieblichen Grunds „mit einiger Sicherheit“ zu erwarten).

29 *Backmeister/Trittin/Mayer*, § 1 KSchG Rn. 84.

Wieder andere Autoren verzichten auf Konkretisierungen vollständig.³⁰ Auch die Rechtsprechung schwankt erheblich.³¹

3. Möglichkeiten und Grenzen einer teleologischen Festlegung des Prognosemaßstabs innerhalb eines flexiblen Wertungssystems

Bei Lichte betrachtet verwundert diese babylonische Maßstabsvielfalt, so bedenklich sie sowohl mit Blick auf die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normklarheit und Rechtssicherheit als auch die in der praktischen Rechtsanwendung kaum noch unterscheidbaren Abstufungen der Wahrscheinlichkeitsgrade ist, nicht. Nahezu alle Normen, die zu Prognosen ermächtigen, sind Generalklauseln wie §§ 314, 626 BGB, 133, 140 HGB oder § 1 KSchG. Diesen lässt sich nur mit Mühe und häufig erst nach einer am Sinn und Zweck ausgerichteten Auslegung, wie die Kontroverse um den Sanktionscharakter der Kündigung belegt³², entnehmen, dass überhaupt der Blick in die Zukunft statthaft ist. Den für die Vorhersage zu fordernden Wahrscheinlichkeitsgrad qualifizieren diese Vorschriften erwartungsgemäß erst recht nicht. Die noch präzisesten Vorgaben enthält § 18 InsO, wenn dort bestimmt wird, dass erst die *drohende*, also die mehr als nur mögliche Illiquidität des Unternehmens die Insolvenzeröffnung rechtfertigt. Eine teleologisch abgestufte Systematik verschiedener Wahrscheinlichkeitsgrade, wie sie z. B. die Strafprozessordnung in Gestalt des Anfangsverdachts für die Aufnahme von Ermittlungen³³, des hinreichenden Tatverdachts für die Anklageerhebung³⁴, des dringenden Tatverdachts für qualifizierte Ermittlungsmaßnahmen³⁵ und schließlich des zur Gewissheit erstarkten Verdachts für die Verurteilung³⁶ kennt, sucht man im Privatrecht vergeblich.

30 Vgl. APS/Dörner, § 1 KSchG Rn. 124, 138, 272a; KR/Griebeling, § 1 KSchG Rn. 271, enger Rn. 325 für krankheitsbedingte Kündigungen („ernste Besorgnis“); Backmeister/Trittin/Mayer, § 1 KSchG Rn. 114; Preis, Prinzipien, § 12 sowie Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, § 1 KSchG Rn. 296, der die Termini „vernünftig“, „hinreichend sicher“ und „mit einiger Sicherheit zu erwarten“ offenbar als Synonyme versteht.

31 Vgl. einerseits BGHZ 53, 245, 256 (Fehlen vernünftiger Zweifel); andererseits BAG NZA 1989, 461, 463; BAG AP Nr. 43 zu § 111 BetrVG 1972 („einige Sicherheit“) und BAG AP Nr. 53 zu § 1 KSchG 1969 – Betriebsbedingte Kündigung BAG NZA 1999, 1095 („vernünftig und nachvollziehbar“).

32 Vgl. Nw. in Fn. 3.

33 § 152 Abs. 2 StPO: zureichende tatsächliche Anhaltspunkte; dazu Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 152 Rn. 4.

34 § 203 StPO und § 170 Abs. 1 StPO: genügender Anlass, d. h. die Verurteilung muss mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein, Meyer-Goßner, StPO, § 170 Rn. 1, § 203 Rn. 2.

35 §§ 111a Abs. 1, 112 Abs. 1 StPO.

36 § 261 StPO, dazu BGH NSTZ 1988, 236 f.; Meyer-Goßner, StPO, § 261 Rn. 1 f. m. v. N.