
Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Nürnberg 2023

**Bartlitz | Eckert | Kurz | Lang | Meichelbeck
Meier | Neubert | Odrig [Hrsg.]**

Rechtstatsachen im Privatrecht



Nomos

DIKE 

facultas



Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Herausgegeben von der Gesellschaft
Junge Zivilrechtswissenschaft e.V.

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Nürnberg 2023

Bartlitz | Eckert | Kurz | Lang | Meichelbeck
Meier | Neubert | Odrig [Hrsg.]

Rechtstatsachen im Privatrecht



Nomos

DIKE

facultas





Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-0786-8

(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-1543-0 (ePDF)

(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-03891-723-6

(Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-7089-2516-5

(facultas Verlag, Wien)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Einführung

David Bartlitz

Die Leiden des jungen (Datenaus-)Werthers – Einblicke in die Praxis der empirischen Rechtsforschung	9
---	---

Wirklichkeit und rechtspolitischer Diskurs

Carina Gabriella Schwarz

Wie kann der dispositives Recht setzende Gesetzgeber von der empirischen Sozialforschung profitieren? Eine Annäherung am Beispiel des Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetzes (MoPeG)	39
--	----

Helena Kowalewska Jahromi

Die neue Rechtskultur der (privaten) Prozeduralisierung	65
---	----

Ulrich Ernst Palma

Rechtsprechung als Auslöser von Wirtschaftskrisen!? Berücksichtigung rückwirkender wirtschaftlicher Folgen im Rahmen der Entscheidungsfindung?	89
--	----

Wirklichkeit und Methodik

Tristan Rohner

Empirische Entscheidungsanalyse Die qualitative Inhaltsanalyse als Methodik für die Auswertung von Entscheidungen	131
---	-----

Felix M. Wilke

- Praxis der praktischen Wirksamkeit
Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen
Verbraucherrecht 161

Susanne K. Paas

- Folgenorientierung als „Hoffnungsträger der Rechtsmoderne“ –
Über eine wirklichkeitsnahe Methode, die es nicht in den Kanon
schaffte 191

Wirklichkeit und materielles Recht

Lukas Hollerung

- Quantitative Forschung zur aktienrechtlichen Organadäquanz bei
Mergers & Acquisitions 209

Alexander Egberts

- Experimentelle Rechtstatsachenforschung im lauterkeitsrechtlichen
Prozess: Beweismöglichkeiten jenseits der Demoskopie 233

Stefan Jahn

- Verkehrsanschauung und Sozialadäquanz im Haftungsrecht
Grundlegendes zur Bestimmung der gebotenen Sorgfalt in
Deutschland, Österreich und der Schweiz 265

Einführung

Die Leiden des jungen (Datenaus-)Werthers – Einblicke in die Praxis der empirischen Rechtsforschung

David Bartlitz*

I. Prolog

„Was ich von der Geschichte des armen Werther nur habe auffinden können, habe ich mit Fleiß gesammelt und lege es euch hier vor, und weiß, daß ihr mir's danken werdet. Ihr könnt seinem Geist und seinem Charakter eure Bewunderung und Liebe, seinem Schicksale eure Tränen nicht versagen. Und du gute Seele, die du eben den Drang fühlst wie er, schöpfe Trost aus seinem Leiden, und laß das Büchlein deinen Freund sein, wenn du aus Geschick oder eigener Schuld keinen näheren finden kannst.“¹

Mit diesen Worten leitete der damals junge und unbekannte Autor Johann Wolfgang – zu dieser Zeit noch nicht „von“ – Goethe seinen 1774 erschienenen Briefroman: „Die Leiden des jungen Werthers“ ein. Das Werk machte ihn gleichsam über Nacht in ganz Europa berühmt und markierte den Auftritt der deutschen Literatur auf der Bühne des europäischen Romans, nur um sich kurz darauf von dieser Bühne schon wieder zu verabschieden. Bis zu Thomas Manns weltberühmtem, in der Hansestadt Lübeck spielenden Gesellschaftsroman: „Buddenbrooks: Verfall einer Familie“ aus dem Jahr 1901, für welchen sein Schöpfer im Jahr 1929 den Literaturnobelpreis erhielt, hat kein deutscher Roman jemals wieder einen festen Platz im europäischen Literaturkanon gefunden. Eine weitere Parallele zwischen dem „Werther“ und „Buddenbrooks“ besteht darin, dass beide Romane reale und erfundene biografische Ereignisse vermengen, um eine fiktive Handlung zu schaffen. Diese Verschmelzung von Realitäten und Fiktionen führte nach der Veröffentlichung zu zahlreichen Spekulationen und sogar

* Prof. Dr. jur.; wie der Titel des Beitrags bereits erahnen lässt, ist er weniger als (streng) wissenschaftliche Abhandlung, sondern vielmehr als Leitfaden zu Praxis und Fallstricken der Rechtstatsachenforschung zu begreifen, der dazu motivieren soll, sich mit der wissenschaftlichen Methode der Rechtstatsachenforschung näher zu beschäftigen.

1 Goethe, Die Leiden des jungen Werther, dtv, 22. Aufl. München 2022, S. 7 Z. 2-11.

Protesten. Jedenfalls den „Werther“ kann man denn auch der später so benannten literarischen Epoche des „Sturm und Drang“ zuordnen.

Die prägenden Charakteristika des „Werther“ – ein junger Autor, revolutionäre Ideen und heftige Reaktionen der Leserschaft – scheinen auf den ersten Blick auch zur treffenden Beschreibung des Leitthemas der 33. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft in Nürnberg zu taugen. Dabei stellt sich freilich die Frage: Inwiefern eignet sich eine Beschäftigung mit „Rechtstatsachen im Privatrecht“ gleichsam zur Initiierung eines „Sturm und Drang in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft“?² Beantworten lässt sich diese Frage wohl nur, wenn man den Blick zunächst über die Grenzen des Privatrechts hinaus weitet und sich der Bedeutung der Rechtstatsachen im Allgemeinen zuwendet. So wird die auf Rechtstatsachen abstellende wissenschaftliche Disziplin, die sog. Rechtstatsachenforschung, – zumindest für den deutschsprachigen Raum – üblicherweise auf den deutsch-amerikanischen Rechtswissenschaftler *Arthur Nussbaum* zurückgeführt.³ Unter dem Begriff der Rechtstatsachen verstand dieser die für das Verständnis des Rechts zu berücksichtigenden Tatsachen.⁴ Die Erkenntnisgegenstände der Rechtstatsachenforschung bestehen dabei im Wesentlichen in der empirischen Identifizierung tatsächlicher Abweichungen der Gesetzeseffekte von der Gesetzeszielsetzung,⁵ der Ermittlung von tatsächlichen Problemen in der Rechtspraxis und einem daraus resultierenden legislativen Regelungsbedarf⁶ sowie der Analyse tatsächlicher Umstände zur Unterstützung rechtlicher Auslegungsprozesse. Während die ersten beiden Erkenntnisgegenstände im Rahmen der Rechtspolitik fruchtbar gemacht werden können,⁷ eignet sich der dritte Erkenntnisgegenstand zur Ergänzung und Bereicherung der Rechtsdogmatik. Die Rechtstatsachenforschung unterscheidet sich damit deutlich von der „klassischen“, rein normativ geprägten Rechtswissenschaft. Sie bewegt sich viel-

2 Mit Petersen, *Der Staat* 49 (2010), S. 435 (455) könnte man auch die Frage stellen, ob die Rechtswissenschaft eine empirische Wende brauche.

3 Nussbaum, *Die Rechtstatsachenforschung*, 1914; nach dem Zweiten Weltkrieg Nussbaum, *AcP* 154 (1955), S. 453 ff.

4 Nussbaum, *Die Rechtstatsachenforschung*, 1914, S. 7 f.

5 Recht lässt sich vor diesem Hintergrund als Ursache tatsächlicher Umstände begreifen, vgl. Nussbaum, *AcP* 154 (1955), S. 453 (462); Eidenmüller, *JZ* 1999, S. 53 (54).

6 Nussbaum, *AcP* 154 (1955), S. 453 (462); Eidenmüller, *JZ* 1999, S. 53 (54) spricht von Recht als Produkt tatsächlicher Umstände.

7 Hamann, *Evidenzbasierte Jurisprudenz*, 2014, S. 36 f. unterscheidet insoweit Orientierungsforschung (Recht als Produkt tatsächlicher Umstände) und Evaluationsforschung (Recht als Ursache tatsächlicher Umstände).

mehr an der unmittelbaren Schnittstelle von Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Aus eben jenem Mischcharakter resultiert auch der Umstand, dass sich die Rechtstatsachenforschung in methodischer Hinsicht nicht des gängigen juristischen Auslegungskanons, sondern vielmehr der Instrumente der empirischen Forschung bedient.⁸ Die besondere Nähe zur empirischen Sozialforschung illustriert *Carina Gabriella Schwarz* in diesem Tagungsband anhand des Beispiels des im Jahr 2024 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG). Einen Ausflug in die mit der Rechtstatsachenforschung verwandte, auf *Eugen Ehrlich* zurückgehende Rechtssoziologie⁹ unternimmt, ebenfalls in diesem Tagungsband, *Helena Kowalewska Jahromi* mit ihrem Beitrag zur neuen Rechtskultur der (privaten) Prozeduralisierung. Die methodischen Wegbereiter der empirischen Rechtswissenschaft im Allgemeinen und damit auch der Rechtstatsachenforschung im Besonderen sind vor allen Dingen im anglo-amerikanischen Rechtsraum beheimatet.¹⁰ In der deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen community hat sich die Rechtstatsachenforschung als wissenschaftliche Methode – bis heute – noch nicht im Mainstream der juristischen Fachdiskussion durchgesetzt.¹¹ Dass empirische Forschung überhaupt Eingang in die deutsche Rechtswissenschaft gefunden hat, ist der Pionierarbeit Einzelner zu verdanken.¹² Anwendbar ist die Rechtstatsachenforschung mit ihrem empirischen Ansatz prinzipiell auf alle denkbaren

8 Zu den Unterschieden von empirischer und rechtswissenschaftlicher Forschung *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, S. 12; zur Unterscheidung qualitativer und quantitativer empirischer Forschung *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, S. 20 ff.

9 *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 1 ff.

10 Instrukтив zur empirischen Rechtswissenschaft insgesamt *Eisenberg*, The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns, Cornell Legal Studies Research Paper, 2010, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=1727538> (zuletzt abgerufen am 16.02.2024).

11 Als illustrativ gelten kann insoweit der Umstand, dass bei dem namhaften juristischen Fachverlag Duncker & Humblot zwar die unter: <https://www.duncker-humblot.de/reihe/schriftenreihe-zur-rechtssoziologie-und-rechtstatsachenforschung-126>, zuletzt abgerufen am 07.08.2024, einsehbare Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung (RR) erscheint, die durch Manfred Rehbinder und Andreas Voßkuhle ebenso namhaft herausgegeben wird, allerdings in den über 60 Jahren ihres Bestehens bislang lediglich 98 Abhandlungen in dieser Schriftenreihe erschienen sind.

12 Zu nennen sind vor allen Dingen die Arbeiten von *Eidenmüller*, JZ 1999, S. 53; *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014; *Engert*, Ad Legendum 2021, S. 259, dort insb. S. 262; *Engert*, BRZ 2022, S. 3, dort insb. S. 4 ff. sowie 9 ff.

Lebenssphären, wobei ihre besondere Relevanz für den auf ein hohes Maß an Rechtssicherheit angewiesenen Bereich der Wirtschaft hervorzuheben ist.¹³ Zu verweisen ist hierbei auf die in diesem Tagungsband enthaltenen Beiträge von *Lukas Hollerung*, der quantitative Forschung zur aktienrechtlichen Organadäquanz bei Mergers & Acquisitions vorstellt, von *Alexander Egberts*, der mit der experimentellen Rechtstatsachenforschung im lauterkeitsrechtlichen Prozess Beweismöglichkeiten jenseits der Demoskopie aufzeigt, und von *Stefan Jahn*, der sich mit Verkehrsanschauung und Sozialadäquanz im Haftungsrecht auseinandersetzt. Doch selbst in Bereichen wie der Rechtsgeschichte, die sich prima facie als einer Eignung zur empirischen Fundierung gänzlich unverdächtig ausnehmen, lässt sich Rechtstatsachenforschung treiben. Dies zeigte der Vortrag von *Charles Müller*, der sich an einer datentechnischen Auswertung des Digestenstoffes versucht und damit einen Beitrag zur quantitativen Quellenkunde leistete, wenngleich es sein Beitrag aus redaktionellen Gründen bedauerlicherweise nicht in diesen Tagungsband geschafft hat. Gleichwohl fristet die empirische Rechtswissenschaft im deutschsprachigen Raum nach wie vor ein Schattendasein.¹⁴ Warum dem so ist, lässt sich wohl erklären (dazu unten unter III.), doch schafft diese Erklärung keineswegs dem Befund Abhilfe, dass die deutschsprachige Rechtswissenschaft ihr volles Potenzial nicht ausschöpft, wenn sie die Erkenntnismöglichkeiten der Rechtstatsachenforschung außer Acht lässt. So eignet sich die Rechtstatsachenforschung zum Einsatz auf jedem rechtlichen Gebiet, auf welchem die Feststellung tatsächlicher Umstände (z.B. Gesellschaftsdaten¹⁵, Kapitalmarktdaten¹⁶) zur Beantwortung von Rechts-

13 Vgl. für die Auswirkungen von Delisting-Ankündigungen auf die Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung einer AG *Bayer*, ZfPW 2015, S. 163 (170 ff.); zu den Auswirkungen des ARUG auf das Handeln von Berufsklägern *Baums/Drinhauen/Keinath*, ZIP 2011, S. 2329; *Bayer/Hoffmann/Sawada*, ZIP 2012, S. 897; *Bayer*, ZIP 2013, S. 1193 (1194 ff.).

14 Exemplarisch für eine von zahlreichen Publikationen des Jenaer Instituts für Rechtstatsachenforschung *Bayer/Hoffmann*, AG 2018, S. 337; für das Konstanzer Institut *Stürner/Krauß*, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren. Eine rechtstatsächliche Untersuchung, Baden-Baden 2018; für das Innsbrucker Institut *Mayr*, Die Einzugsermächtigung in der Bankenpraxis, in: *Barta/Ganner/Voithofer*, Rechtstatsachenforschung – Heute. Tagungsband, 2013, S. 113; zur stiefmütterlichen Behandlung der Rechtstatsachenforschung in Deutschland *Spindler/Gerdemann*, AG 2016, S. 698 (702).

15 Als Beispiel aus der eigenen Forschungsarbeit des Verfassers *Bartlitz/Bohnert*, ZIP 2022, S. 1244; *Bartlitz*, NZG 2022, S. 1669.

16 Als Beispiel aus der eigenen Forschungsarbeit des Verfassers *Bartlitz/Gräfe/Gilch*, The Reasonable Investor, Ex Ante Information and Ad Hoc Announcements, Consu-

fragen notwendig oder jedenfalls förderlich ist. In ihrer rechtsdogmatischen Dimension verspricht die Rechtstatsachenforschung großen Gewinn für die Auslegung des Rechts, konkret als Instrument zur Ermittlung empirischer Größen, die im Rahmen der teleologischen Normauslegung relevant werden.¹⁷ In diesem Zusammenhang dient die Rechtstatsachenforschung auch der möglichen Falsifikation von Annahmen, die im Rahmen der Normauslegung angestellt werden.¹⁸

Gleichwohl soll dieser einführende Beitrag nicht zu einer unkritischen Lobeshymne an die Gloria der Rechtstatsachenforschung verkommen. Insbesondere darf nicht der Blick auf die Erkenntnis verstellt werden, dass es sich bei den Segnungen der Rechtstatsachenforschung – zumindest von der Warte der rechtswissenschaftlichen Ausbildung in den deutschsprachigen Ländern aus betrachtet – keineswegs um „low hanging fruits“ handelt. Vielmehr ist die Beschäftigung mit Rechtstatsachen, selbst nach erfolgreicher Überwindung der Hürden, die sich der Anwendung der Rechtstatsachenforschung strukturell in den Weg stellen (dazu unten unter VII.), im täglichen Arbeitsprozess des geeigneten (Nachwuchs-)Wissenschaftlers mit gewissen Schwierigkeiten verbunden, die dem Forschenden, ähnlich unserem altbekannten „Werther“, mehr als nur unerhebliche Leiden zuzufügen vermögen.

II. Von der rechten Frage

„Ach, was ich weiß, kann jeder wissen – mein Herz habe ich allein.“¹⁹

Der erste Schritt im Arbeitsprozess des Rechtstatsachenforschers, der sich bereits als nicht völlig trivial ausnimmt, besteht in der Identifikation einer erörterungsbedürftigen Rechtsfrage, die sich als *empirieoffen* erweist. Empirieoffenheit meint die Eignung einer Rechtsfrage, sie – zumindest auch – mittels empirischer Erkenntnisse zu beantworten, also solcher Einsichten,

mer Behavioral Finance eJournal, 2023, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=4482987> (zuletzt abgerufen am 16.02.2024).

17 Vgl. zu dieser Methodik allgemein Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, S. 34.

18 Zur Falsifikation im juristischen Kontext allgemein Hopt, JZ 1975, S. 341 (346 f.); kritisch Eidenmüller, JZ 1999, S. 53 (58 f.).

19 Goethe, Die Leiden des jungen Werther, dtv, 22. Aufl. München 2022, Zweites Buch, Am 9. Mai 1772, S. 74 Z. 9-10.

die auf (wiederholter) sinnlicher Erfahrung (von altgriechisch ἐμπειρία) beruhen, also aus einer Induktion folgen.²⁰ Unter Induktion zu verstehen ist dabei die Schlussfolgerung des Allgemeinen aus dem Besonderen.²¹ Als ungeeignet zur empirischen Untersuchung erweisen sich damit die (zahlreichen) rechtlichen Sätze, die lediglich auf einer Anschauung (von altgriechisch θεωρία) basieren, also aus einer Deduktion aus einem als richtig und einleuchtend angesehenen Lehrgebäude folgen.²² Unter Deduktion zu verstehen ist dabei die Schlussfolgerung des Besonderen aus dem Allgemeinen.²³ *Beispiel:* Dass unter einer „Drohung“ iSd § 123 I BGB die Ankündigung eines künftigen Übels zu verstehen sei, auf dessen Eintritt der Drohende einwirken zu können behauptet,²⁴ beruht auf besonderen Anschauungen innerhalb einer Gesellschaft. Die Begriffsbestimmung kann durch Erfahrung weder verifiziert noch falsifiziert werden. *Gegenbeispiel:* Welche Eigenschaften einer Person oder Sache im Verkehr als wesentlich iSd § 119 II BGB angesehen werden, lässt sich durch Erfahrung untersuchen, namentlich mittels Verkehrsbefragungen. Wissenschaftstheoretisch umstritten ist dabei das Verhältnis zwischen Theorie und Empirie.²⁵ Uneinigkeit besteht bereits insoweit, ob aus der Theorie Vorhersagen über die Empirie abgeleitet werden können, mithin Hypothesen als Deduktionsgrundlage für künftige Realitäten taugen. Auch ist unklar, ob mittels Induktion von Empirie auf Theorie geschlossen werden kann, also aus (wiederholt gemachten) Erfahrungen (verallgemeinerte) Hypothesen gebildet werden können (Empirie als Baustein der Theorie). Ferner stellt sich die Frage: Eignet sich die Empirie dazu, die Theorie zu testen (Empirie als Prüfstein der Theorie)? Bejaht man die letztgenannte Frage, muss man sich zu der Folgefrage verhalten, auf welche Weise eine Überprüfung der Theorie durch Empirie im Einzelnen möglich ist: Taugt die Empirie ledig-

20 Zur Wissensgewinnung durch Empirie Eberhard, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 1999, S. 32.

21 Eberhard, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 1999, S. 32.

22 Zur Wissensgewinnung durch Theorie Eberhard, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 1999, S. 29.

23 Eberhard, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 1999, S. 29.

24 So statt vieler BGHZ 184, 209 = NJW 2010, 1364 Tz. 35; BGH, BeckRS 2017, 120505 Tz. 13.

25 Hierzu und zum Folgenden, namentlich mit Blick auf den „Kritischen Rationalismus“ Poppers, Eberhard, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 1999, S. 36 f.

lich zur Falsifikation von Theorien oder – darüberhinausgehend – auch zur Verifikation von Theorien? Gegen die Möglichkeit einer Verifikation durch Empirie spricht, dass dazu die (unmögliche) Feststellung erforderlich wäre, dass jede einzelne tatsächliche Bedingung (sog. Antecedensbedingung) die betreffende Hypothese trägt.²⁶ Als empirischer Rechtswissenschaftler begegnet man wissenschaftstheoretisch also wohl den geringsten Bedenken, wenn man sich mit *Popper* auf einen theoriekritischen Erkenntnisweg begibt. Dieser Erkenntnisweg des „Kritischen Rationalismus“ basiert auf der Grundannahme der Fehlbarkeit menschlichen Wissens.²⁷ *Popper* wendet sich gegen die Idee einer Letztbegründung und befürwortet stattdessen eine Gesellschaft, die Konflikte durch rationale Diskussion löst.²⁸ Er plädiert für eine offene, pluralistische und tolerante Gesellschaftsordnung, die frei von Autoritäten, Intoleranz, Ideologie, Totalitarismus und Irrationalismus ist.²⁹ Diese Auffassung impliziert, dass wissenschaftliche Theorien immer der kritischen Prüfung unterzogen werden sollen, um durch Falsifikation Erkenntnisfortschritt zu erzielen.³⁰ Auf dieser erkenntnistheoretischen Grundlage fällt der Empirie im Recht die Rolle zu, rechtliche Autoritäten in Frage zu stellen und deren Theorien solange „kaputt zu testen“, bis die Theorie widerlegt ist oder als vorläufig wahr gelten muss, weil sie auch bei bester Anstrengung (bislang) nicht zu widerlegen war. In diesem Sinne ist Rechtstatsachenforschung als Instrument zur Falsifikation rechtlicher Theorien zu begreifen. Angesichts der unüberschaubaren Zahl rechtlicher Theorien ist das sich dabei eröffnende Arbeitsfeld ohnehin bereits zu groß, als dass es innerhalb eines Menschenlebens erschöpfend bestellt werden könnte. Für den Bereich der Rechtsprechung zeigen dies *Ulrich Ernst Palma*, der in diesem Tagungsband die Berücksichtigung wirtschaftlicher Folgen im Rahmen der Entscheidungsfindung erörtert, *Tristan Rohner*, der mit der empirischen Entscheidungsanalyse eine besondere, juristische Form der qualitativen Studie vorstellt, und *Felix Wilke*, der den *effet utile*

26 Vgl. *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (54).

27 *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I: Der Zauber Platons, 8. Aufl. 2003, S. 269.

28 *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I: Der Zauber Platons, 8. Aufl. 2003, S. 77.

29 *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I: Der Zauber Platons, 8. Aufl. 2003, S. 278 f.

30 Zur Prozedur der Theorieprüfung *Eberhard*, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 1999, S. 37 ff.

in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Verbraucherrecht analysiert.

Möchte man in diesem Sinne rechtliche Sätze am Prüfstein der Rechtstatsachenforschung messen, stellen sich im Wesentlichen zwei Folgefragen. *Erstens*: Zu welchem Zweck soll ein Rechtssatz mittels Rechtstatsachenforschung überprüft werden? *Zweitens*: Auf welchem Wege kann Rechtstatsachenforschung Eingang in den rechtswissenschaftlichen Erkenntnisprozess führen? Zur ersten Frage: Wie bereits ausgeführt (s.o. I.), lässt sich Rechtstatsachenforschung im Wesentlichen zu drei unterschiedlichen Zwecken einsetzen: zur empirischen Identifizierung tatsächlicher Abweichungen der Effekte bestehender Gesetze von der ihrer Zielsetzung, zur Ermittlung des Bedarfs an der Schaffung künftiger Gesetze und zur Auslegung bestehender Gesetze. Die ersten beiden Zwecke, die sich zur rechtspolitischen Funktion der Rechtstatsachenforschung zusammenfassen lassen, liegen intuitiv nahe und sind wohl auch aus diesem Grunde eher verbreitet.³¹ Der letzte Zweck hingegen, die rechtsdogmatische Funktion der Rechtstatsachenforschung, rüttelt elementar an dem Gegensatz von Sein und Sollen³², welcher das Denken – gerade³³ – der deutschsprachigen Rechtswissenschaft – vermeintlich³⁴ – prägt. Er ist – wohl auch aus diesem Grunde – bislang wenig erforscht und soll daher im Folgenden allein Gegenstand der Betrachtung sein.

Zur zweiten Frage, bezogen auf die rechtsdogmatische Funktion der Rechtstatsachenforschung: Ganz grundlegend zu lösen ist das Problem, ob und bejahendenfalls wie sich die empirischen Befunde der Rechtstatsachenforschung zu den Denkstrukturen der – deutschsprachigen – Rechtsdogmatik in Beziehung setzen lassen. Denkbar wäre zunächst, der – vergleichsweise jungen – Methode der Rechtstatsachenforschung eine eigenständige Rolle innerhalb des juristischen Methodenkanons zuzuweisen. Der Kanon der juristischen Methodenlehre ist Ausdruck von Gewohnheitsrecht und demnach keineswegs in Stein gemeißelt – und darf es mit Blick auf die Offenheit für wissenschaftlichen Fortschritt auch nicht sein –, sondern einem grundsätzlichen Wandel unterworfen. Als paradigmatisch

31 Etwa Eidenmüller, JZ 1999, S. 53 (54).

32 Scharf herausgearbeitet bei Hume, A Treatise of Human Nature, 1739, T 3.1.1.27.

33 Zu den Dogmatikkonzeptionen einer positivistischen Rechtswissenschaft am Beispiel von Karl Laband und Hans Kelsen im Gegensatz zum amerikanischen Rechtsrealismus Starck, JZ 1972, 609 (610 f.).

34 Gegen die Antithese von Sein und Sollen Upmeyer, Faken im Recht, 2010, S. 38 mwN zu den Arbeiten von Spinoza und Carnap.

können etwa die Arbeiten von *Philipp von Heck* gelten, der mit seinen Überlegungen zur „historischen Interessenforschung“³⁵ nicht nur ein fundamentales Umdenken in der Rechtswissenschaft auslöste, sondern gar für die Aufnahme der teleologischen Auslegung in den Kanon den Anstoß gab, was letztlich zur Verdrängung der durch Friedrich Carl von Savigny entwickelten „logischen Auslegung“³⁶ führte. Allerdings muss man konstatieren, dass von dem „neuen Geist“ in der Jurisprudenz, der *Arthur Nussbaum* als Aufhänger zur Einleitung seiner „Rechtstatsachenforschung“ diente,³⁷ etwas mehr als einhundert Jahre später – zumindest im deutschsprachigen Rechtsraum – nicht viel übriggeblieben ist. Es erscheint durchaus naheliegend, mit *Andreas Engert*, dem Festredner der diesjährigen Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft, die Frage zu stellen, ob man es mitunter nicht mit einer (für die Rechtsrealität) blinden Dogmatik zu tun habe. Von einer gemeinsamen Überzeugung von der Rechtstatsachenforschung in der deutschsprachigen juristischen Zunft, wie sie Voraussetzung für die Annahme von Gewohnheitsrecht wäre, lässt sich jedenfalls kaum sprechen. Vielmehr scheint sich nach dem ersten Viertel des zwanzigsten Jahrhunderts der juristische Methodenkanon bis heute deutlich weniger dynamisch weiterentwickelt zu haben als in vielen Epochen zuvor. Konsequenterweise beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht denn auch bei der Aufzählung der anerkannten Arten der Gesetzesauslegung auf die vier bekannten Methoden³⁸ – angesichts der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 31 I BVerfGG und ihrer Gesetzeskraft unter den Voraussetzungen des § 31 II BVerfGG ein Pfund, mit dem die Wahrer der überkommenen Methodik wuchern können. Den sichereren und methodisch weniger angreifbaren Weg wählt der (junge) Rechtstatsachenforscher daher, wenn er zum Einsatz seiner empirischen Methode die Einfallstore nutzt, die ihm die althergebrachte Methodik aufstößt. Dabei bietet sich zunächst ein Einsatz der Rechtstatsachenforschung im Rahmen der Wortlautauslegung an. So finden sich im geschriebenen Recht zahlreiche Stellen, an denen der Wortlaut³⁹ des Gesetzes einen unmittelbaren Rückgriff auf Empirie fordert oder wenigstens zulässt (z.B. § 157

35 *Heck*, AcP 112 (1914), I (8 ff.).

36 *Savigny*, System I, § 33 S. 212 ff.

37 *Nussbaum*, Die Rechtstatsachenforschung, 1914, S. 1.

38 BVerfGE 11, 126.

39 *Hamann*, S. 34 mwN weist zurecht darauf hin, dass bei Anerkennung des gewöhnlichen Sprachgebrauchs als Grenze der Auslegung ohnehin Empirie zum Tragen kommen muss, um zu ermitteln, was überhaupt der gewöhnliche Sprachgebrauch sei.

BGB, § 346 HGB).⁴⁰ Dort, wo ein Rückgriff auf Empirie über den Wortlaut nicht möglich erscheint, öffnet die teleologische Auslegung die Rechtsdogmatik für empirische Erkenntnisse, namentlich in Form der Ermittlung empirischer Größen, die iRd zunächst bestimmten Gesetzeszwecks relevant werden (z.B. § 87 I 1 AktG).⁴¹ Auch denkbar sind (Folge-)prognosen,⁴² wobei stets die Vorfrage zu beantworten ist, inwiefern die Auslegung die Berücksichtigung von Prognosen überhaupt zulässt.⁴³ Vertieft wird dieser methodische Aspekt in diesem Tagungsband durch *Susanne Paas*, die der Frage nachgeht, inwiefern die Folgenorientierung als Hoffnungsträger der Rechtsmoderne gelten kann. Schließlich ist – wie bereits ausgeführt – die schlichte Falsifikation⁴⁴ von Postulaten möglich, die (etwa durch die Rechtsprechung oder das wissenschaftliche Schrifttum) iRd Auslegung aufgestellt werden.⁴⁵ Anzulegen ist dabei ein naturwissenschaftlicher Wahrheitsbegriff, der den normativ arbeitenden Juristen typischerweise fremd, aber aus § 286 I 1 ZPO bekannt ist.⁴⁶

Auf der Hand liegen dürfte sodann, dass sich rechtserhebliche empirische Befunde – Rechtstatsachen – nur dann zur Rechtsdogmatik in Beziehung setzen lassen, wenn sie *auslegungserheblich* sind, sich also zur Beantwortung einer Auslegungsfrage eignen. Dies folgt aus der Überlegung, bezüglich der Zulassung rechtserheblicher Umstände einen Gleichlauf zwischen materiellem Recht und Prozessrecht – hier über das Institut der Auslegungserheblichkeit, dort über das Institut der Beweiserheblichkeit⁴⁷ – herzustellen. Die Empirieoffenheit der zu beantwortenden Auslegungsfrage

40 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (57); *Hamann*, S. 34 f.; *Hopt*, JZ 1975, 341 (344) spricht gar davon, der Rechtsanwender sei in diesen Fällen angewiesen, diese Wirklichkeit exakt zu ermitteln.

41 *Hamann*, S. 35 f.

42 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (58) mit dem Beispiel des Arbeitskampfrechts; zur Methodenlehre *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 185.

43 Nach *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (58) dann geboten, wenn teleologische Erwägungen zum Regelvollzug gehören.

44 Kritisch zur Falsifikation als Prinzip der Rechtsmethodik *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (58 f.).

45 Vgl. *Hopt*, JZ 1975, 341 (346 f.); dogmatische Aussagen hingegen lassen sich nicht mittels Feststellungen über Beobachtungsinhalte falsifizieren, sondern nach *Canaris*, JZ 1993, 377 (385 ff.) nur mittels dogmatischer Aussagen einer niedrigeren Allgemeinstufe oder nach von *Savigny*, in: Neumann/Rahlf/von Savigny, Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, S. 120 (127 ff.). mittels intuitiv konsensfähiger Einzelfallwertungen.

46 Zu alledem eingehender *Engert*, Ad Legendum 2021, 259 (262).

47 Zur Erheblichkeit von Beweisantritten statt vieler BGH, NJW-RR 1995, 722 (722).

(s.o.) ist dabei die notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung der Auslegungserheblichkeit. Hinzutreten muss, dass die betreffenden Rechtstatsachen als grundsätzlich geeignet erscheinen, einen Beitrag zum Verständnis des betrachteten Rechtsbegriffs zu leisten. *Beispiel:* Hat man in Verkehrsbefragungen beobachtet, dass das Material eines Sofas die Kaufentscheidung der Nachfrager bezüglich Sofas beeinflusst, erscheinen die aus der Verkehrsbefragung hervorgegangenen Rechtstatsachen auslegungserheblich mit Blick auf die Frage, welche Eigenschaften einer Sache im Verkehr als wesentlich iSd § 119 II BGB angesehen werden. Zu der Aufgabe des Rechtstatsachenforschers gehört es dabei, gerade diejenigen (potenziellen) Daten zu identifizieren, die sich zur Beantwortung der betreffenden Rechtsfrage auslegungserheblich sind. Dies kann in einem dreistufigen Arbeitsprozess gelingen. Zunächst hat der Rechtstatsachenforscher die rechtlichen Zielgrößen seiner Arbeit zu definieren (z.B. Tatbestandsmerkmale). Sodann hat er die dazu passenden statistischen Zielgrößen zu definieren (z.B. Merkmale einer statistischen Einheit). Aus der Definition der statistischen Zielgrößen leitet sich sodann das Studiendesign ab, also Gegenstand sowie Art und Weise der empirischen Erhebung. Am Anfang der Arbeit des Rechtstatsachenforschers steht also eine Trennung von Sein und Sollen im vorstehend bereits erörterten Sinne: die logische Abgrenzung der zu untersuchenden rechtlichen Zielgrößen von den relevanten statistischen Zielgrößen.

III. Von der rechten Quelle

„Mußte denn das so sein, daß das, was des Menschen Glückseligkeit macht, wieder die Quelle seines Elendes würde?“⁴⁸

Sind die für den Fortgang der empirischen Untersuchung interessanten statistischen Zielgrößen – man spricht in der Statistik von (statistischen) Merkmalen – erst einmal bestimmt, stellt sich die für das Studiendesign entscheidende Frage, aus welchen Quellen der Forscher schöpfen kann, um mit Aussicht auf Erfolg beobachten zu können, welche Ausprägungen die (statistischen) Merkmale in der Realität jeweils annehmen. Dabei wird es dem um Effizienz bemühten empirischen Forscher im zweifachen Sinne um eine Maximierung des Ergebnisses seiner Beobachtungen gehen: Zum

48 Goethe, *Die Leiden des jungen Werther*, dtv, 22. Aufl. München 2022, Erstes Buch, Am 18. August 1771, S. 51 Z. 15-17.

einen erscheinen diejenigen Datenquellen besonders interessant, die eine möglichst große Zahl an Beobachtungen versprechen (*quantitative Maximierung*). Der Grund dafür liegt schlicht darin, dass mit einer größeren Anzahl an Beobachtungen, also einem größeren Stichprobenumfang, die Standardabweichung, also die durchschnittliche Streuung der beobachteten Merkmalsausprägungen um den Mittelwert, abnimmt, was wiederum zur Folge hat, dass man mit geringer Irrtumswahrscheinlichkeit Aussagen zu den eigenen statistischen Hypothesen treffen kann (zur mathematischen Herleitung unten unter 0.). Zum anderen erscheinen diejenigen Datenquellen besonders interessant, die möglichst hochwertige Informationen versprechen (*qualitative Maximierung*). So erscheint es unmittelbar einleuchtend, dass stets die Datenquellen bevorzugt werden sollten, welche aktuelle, zutreffende und detaillierte Informationen versprechen. Dies gewährleistet nicht nur aussagekräftige und damit überzeugende Ergebnisse, sondern beschleunigt unter Umständen die empirische Arbeit (z.B. indem aus ein und derselben Datenquelle Merkmalsausprägungen für mehrere zu untersuchende Merkmale gewonnen werden können).

Bei der Suche nach der passenden Datenquelle nach dem doppelten Maximierungskalkül im vorstehend beschriebenen Sinne stellt sich die grundsätzliche Frage nach dem „Make or buy“⁴⁹, wobei die passende Datengrundlage entweder selbst erstellt werden oder auf eine Datengrundlage zurückgegriffen werden kann, die auf die Datenerhebung anderer zurückgeht. Maßgebliches Entscheidungskriterium für den nach Effizienz strebenden empirischen Forscher ist dabei die Frage, welche Herangehensweise die niedrigeren Kosten verursacht.⁵⁰ Während die Erstellung einer eigenen Datengrundlage mit der Eingehung von *Transaktionskosten* (insb. für Personal und den Zugang zu Datenquellen) verbunden ist, verursacht der Rückgriff auf eine fremde Datengrundlage *Reliabilitätskosten* (insb. für die Überprüfung und ggf. Anpassung der vorhandenen Daten). Eine Faustregel lässt sich schlecht aufstellen. In jedem Fall lohnt es sich, auf die Auswahl der geeigneten Datenquelle einiges an Zeit und Mühe zu verwenden. Mit der

49 Der Ursprung der „Make or buy“-Problematik findet sich nicht in der Wissenschaftstheorie, sondern vielmehr in der grundlegenden Arbeit von Coase, *Economica* 1937, 386 (395) zur Entstehung von Unternehmen, in welcher Coase davon ausgeht, ein Unternehmen werde solange expandieren, bis die Kosten für die Bewerksstellung einer weiteren Transaktion innerhalb des Unternehmens gleich groß sind wie die Kosten für die Durchführung derselben Transaktion auf dem Markt oder in einem anderen Unternehmen.

50 So auch die Entscheidungsregel bei Coase, *Economica* 1937, 386 (395).

Quantität und Qualität der genutzten Daten steht und fällt die Aussagekraft der empirischen Untersuchung und damit die Qualität der wissenschaftlichen Arbeit insgesamt.

Als großer Stolperstein auf dem Weg zur passenden Datengrundlage erweist sich dabei häufig die – vor allen Dingen, aber nicht nur – in Deutschland herrschende *Datenkultur*. Auslöser der Problematik ist der Umstand, dass in Deutschland – sowie auch in zahlreichen weiteren Staaten Kontinentaleuropas – Daten, die für die empirische wissenschaftliche Arbeit von Interesse sein können, in öffentlichen Registern aufgezeichnet sind (z.B. Handelsregister, Gesellschaftsregister, Wertpapierregister, Grundbuch) und der Zugang zu diesen Registern auch zu Forschungszwecken nicht etwa frei, sondern an besondere, teilweise strenge Voraussetzungen geknüpft ist. Zwar existieren durchaus Fälle, in denen der Zugang selbst nicht beschränkt ist (siehe nur § 9 I 1 HGB iVm § 10 HRV für das Handelsregister, wonach jedem die Einsichtnahme in das (elektronische) Handelsregister zu Informationszwecken gestattet ist, wobei die Einsichtnahme online, ohne das Erfordernis eines Accounts und kostenfrei erfolgen kann). Doch wird die anfängliche Freude über die vermeintlich offene Datenkultur schnell dadurch getrübt, dass der Datenabruf nur „durch einzelne Abrufe“ (ebenefalls § 9 I 1 HGB) erfolgen darf, was systemseitig durch einen Algorithmus abgesichert wird, der darauf abzielt, Data-Scraping-Codes zu erkennen und im Erkennungsfall den Zugang zu den Handelsregisterdaten zu sperren. Die Begrenzung auf einzelne Abrufe ist aber aus den bereits erörterten statistischen Gründen (geringe Aussagekraft kleiner Stichproben) mindestens hoch problematisch, teilweise nimmt sie einer empirischen Studie gar jeden Sinn. Ganz besonders erstaunen lässt den empirischen Forscher diese Begrenzung des Zugangs zu Handelsregisterdaten mit Blick auf den Umstand, dass die gesetzliche Restriktion erst seit 1. August 2022 überhaupt besteht. In der – ansonsten wortlautgleichen – Fassung des § 9 I 1 HGB bis 31. Juli 2022 fehlte die Begrenzung „durch einzelne Anrufe“ noch. Das damit durch den Gesetzgeber verfolgte Ziel wird deutlich, wenn man sich Ziff. 3 S. 2 der Nutzungsordnung zum elektronischen Handelsregister vor Augen führt: „Systematische Abrufe, um parallele Voll- oder Teilregister aufzubauen, auszubauen oder zu aktualisieren, sind unzulässig.“⁵¹ Auch der Begriff der „einzelnen Abrufe“ wird in der Nutzungsordnung – in negati-

51 Nutzungsordnung des elektronischen Handelsregisters, Ziff. 3 S. 2, abrufbar unter: https://www.handelsregister.de/rp_web/information.xhtml, zuletzt abgerufen am 24.05.2024.

ver Hinsicht – konkretisiert: „Es ist unzulässig, mehr als 60 Suchen oder Aufrufe von Rechtsträgern pro Stunde im Registerportal vorzunehmen.“⁵² Möchte man zu wissenschaftlichen Zwecken im Durchschnitt mehr als eine Suchanfrage oder Datenansicht pro Minute durchführen – in Zeiten elektronischer Datenverarbeitung leicht möglich und eher die Regel als die Ausnahme –, muss man beim Registerportal der Länder, der Stelle, die das elektronische Handelsregister betreibt, zu Kreuze kriechen und den Bittsteller geben: „Kann das berechtigte Erfordernis für eine höhere Abrufhäufigkeit nachgewiesen werden, besteht die Möglichkeit, bei der Servicestelle Registerportal beim AG Hagen einen Antrag auf einen Zugang mit einer registrierten IP-Adresse nach Ziffer 7) zu stellen.“⁵³ Allein die Möglichkeit, beim hoheitlichen Hüter der Daten um Zugang zu denselben anzutragen, bedarf eines „berechtigten Erfordernisses“, welches – wie für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit an sich zu erwarten (§ 26 FamFG als prägender Verfahrensgrundsatz⁵⁴) – nicht etwa von Amts wegen geprüft, sondern durch den Antragsteller nachgewiesen werden muss. Mit dem „berechtigten Erfordernis“ ist eine deutliche Spur zu dem sog. *berechtigten Interesse* gelegt, welches im geschriebenen Recht regelmäßig zur zentralen Voraussetzung für den Zugang zu öffentlich gespeicherten Daten erhoben wird (namentlich § 12 I 1 GBO für das Grundbuch sowie § 10 II eWpG für das Wertpapierregister). Der Zweck der Beschränkung des Zugangs zu Daten nach dem Kriterium des berechtigten Interesses besteht darin, missbräuchliche Einsichtnahmen zu verhindern, durch welche schutzwürdige Interessen der Eingetragenen verletzt werden könnten.⁵⁵ In der modernen Informationsgesellschaft erscheint diese ratio gleich in zweifacher Hinsicht als zweifelhaft. Erstens sind schutzwürdige Interessen anderer überhaupt nur dann vorstellbar, wenn es in dem betreffenden Datensatz auch „Eingetragene“ gibt, der Datenzugriff also personenbezogene Daten iSd Art. 4 Nr. 1 DSGVO offenlegt. Das ist nur der Fall bei Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person be-

52 Nutzungsordnung des elektronischen Handelsregisters, Ziff. 5 S. 1, abrufbar unter: https://www.handelsregister.de/rp_web/information.xhtml, zuletzt abgerufen am 24.05.2024.

53 Nutzungsordnung des elektronischen Handelsregisters, Ziff. 5 S. 2, abrufbar unter: https://www.handelsregister.de/rp_web/information.xhtml, zuletzt abgerufen am 24.05.2024.

54 BeckOK FamFG/Perleberg-Kölbel, 50. Aufl. (Stand: 1.5.2024), § 26 vor Rn. 1.

55 Statt vieler für § 12 I 1 GBO BeckOK GBO/Wilsch, 52. Aufl. (Stand: 1.3.2024), § 12 vor Rn. 1; für § 10 II eWpG Conreder/Meier/ Bialluch-von Allwörden, eWpG, § 10 Rn. 11.

ziehen, sodass die physische, physiologische, genetische, psychische, wirtschaftliche, kulturelle oder soziale Identität dieser natürlichen Person aufgerufen ist. Sofern der Datensatz entweder keine personenbezogenen Daten in diesem Sinne enthält (z.B. Abteilung 3 des Grundbuchs) oder es technisch möglich ist, personenbezogene Daten von dem Zugriff auszunehmen (z.B. durch eine schlichte Modularisierung der Datensätze), besteht von vornherein kein Anlass, die Einsichtnahme in öffentliche Register zu beschränken. Zweitens wird ein schutzwürdiges Interesse der Eingetragenen typischerweise mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I GG begründet.⁵⁶ Dieses Grundrecht des Eingetragenen gerät im Einsichtsszenario aber in Konflikt mit der ebenfalls grundrechtlich verbürgten Informationsfreiheit des um Einsicht nachsuchenden Bürgers aus Art. 5 I 1 Alt. 2 BGB und ist mit dieser im Einzelfall im Sinne praktischer Konkordanz zum Ausgleich zu bringen. Bei der in diesem Zusammenhang im Ergebnis entscheidenden Verhältnismäßigkeitsprüfung dürfte angesichts der inzwischen weitreichenden und kostengünstigen Möglichkeiten von Legal Tech (insb. mit Blick auf die Anonymisierung hoheitlicher Dokumente⁵⁷) regelmäßig der Informationsfreiheit des Bürgers klar der Vorrang zukommen. Das bedeutet aber: Stehen die notwendigen technischen Verfahren dem Staat noch nicht zur Verfügung, hat der diese unverzüglich einzuführen. Jedenfalls ist es vor dem Hintergrund der bereits bestehenden Möglichkeiten nicht (mehr) statthaft, das Einsichtsbegehren des Bürgers mit dem Argument der Berührung personenbezogener Daten zurückzuweisen. Ebenfalls kritischer Betrachtung bedarf die Auslegung des Merkmals „berechtigtes Interesse“. Ein solches berechtigtes Interesse liegt nach h.M. in jedem verständigen, durch die Sachlage gerechtfertigten Interesse.⁵⁸ Ein rechtliches, sich also auf ein bereits bestehendes oder künftiges Rechtsverhältnis gründendes Interesse ist danach nicht erforderlich; vielmehr genügt auch ein tatsächliches, wirtschaftliches oder öffentliches Interesse für ein Recht auf Einsichtnahme.⁵⁹ Nimmt man diese Begriffsbestimmung ernst, scheint sich das Problem zunächst in Luft aufzulösen, ist das Merkmal des berechtigten Interesses bei dem um Datenzugang ersuchenden empirischen

56 Statt vieler BeckOK GBO/Wilsch, 52. Aufl. (Stand: 1.3.2024), § 12 vor Rn. 1; OLG München, BeckRS 2016, 12547.

57 Exemplarisch zur automatisierten Anonymisierung von Gerichtsurteilen Adrian/Dykes/Evert/Heinrich/Keuchen, LTZ 2022, 233.

58 Statt vieler BeckOK GBO/Wilsch, 52. Aufl. (Stand: 1.3.2024), § 12 Rn. 1 mwN.

59 BeckOK GBO/Wilsch, 52. Aufl. (Stand: 1.3.2024), § 12 Rn. 2.

Forscher (der mit der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 III GG geradezu den „Archetyp“ eines öffentlichen Interesses in Anspruch nimmt, ganz unabhängig davon, ob er selbst formal im öffentlichen Dienst beschäftigt ist und damit die Daten die Sphäre des Staates gar nicht erst verlassen) doch unproblematisch als verwirklicht anzusehen. Als besonders problematisch – sowie gleichermaßen lästig wie arbeiterschwerend für den empirischen Forscher – erweist sich indes der Umstand, dass sich die registerführenden Stellen dieser Einsicht verschließen und stattdessen häufig – der Verfasser dieses Beitrags kann aufgrund mehrfachen persönlichen Kontakts mit den zuständigen Sachbearbeitern ein Lied davon singen – eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals „berechtigtes Interesse“ praktizieren, die ein berechtigtes Interesse grundsätzlich ablehnt und nur Behörden sowie Personen Einsicht gewährt, bei denen es auf Grund ihres Amtes oder ihrer Tätigkeit gerechtfertigt ist (insb. Notare), wobei beide Institutionsgruppen kraft Gesetzes von dem Erfordernis des Nachweises eines berechtigten Interesses freigestellt sind (§ 12 III Nr. 2 GBO). Der nach Daten nachsuchende Forscher steht dieser Verwaltungspraxis regelmäßig hilflos gegenüber, zumal etwaige – auch freundlich angegangene und mit juristischer Expertise versehene – Hinweisversuche gegenüber den registerführenden Stellen regelmäßig im Sande verlaufen (als besonders einprägsames Erlebnis ist dem Verfasser dieses Beitrags die schriftliche Zugangsverweigerung einer Landesjustizverwaltung in Erinnerung geblieben, welche allen Ernstes und ohne jeden Scherz rechtsaktförmig die Behördeneigenschaft der Universität in Abrede gestellt hat, an welcher der Verfasser zu wissenschaftlichen Zwecken tätig war – der Rechtsgedanke des § 1 IV VwVfG scheint mancherorts also hinreichend unbekannt zu sein oder entgegen dem Wissensstand des Verfassers keine Geltung zu beanspruchen). Ganz allgemein drängt sich nicht nur vereinzelt, sondern wiederholt, ja geradezu flächendeckend der Eindruck auf, bei der Anwendung des geschriebenen Rechts sei nicht die Auslegung des geschriebenen Rechts unter Beachtung des anerkannten Methodenkanons maßgeblich, sondern vielmehr die seit anno dazumal herrschende Verwaltungspraxis getreu dem Motto: „Das haben wir schon immer so gemacht!“, alternativ: „Das war noch nie so!“ oder: „Da könnte ja jeder kommen!“ Die Urheber der Fernsehserie: „Königlich Bayerisches Amtsgericht“ hätten ihre wahre Freude daran. Um die Sache wieder mit dem gebotenen Ernst zu betrachten: Der empirische Forscher wird im Kontakt mit hoheitlichen Stellen, die über forschungsrelevante Daten verfügen, schnell die Einsicht gewinnen, dass die sog. *verwaltungsrechtliche*

Geheimhaltungsregel hierzulande recht strikt eingehalten wird. Nach dieser in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung⁶⁰ sowie der Verwaltungswissenschaft⁶¹ herrschenden Regel sind Informationen, die sich in der Verfügungsgewalt deutscher Behörden befinden, der Öffentlichkeit nicht zugänglich, solange ein Zugangsanspruch nicht ausdrücklich gesetzlich normiert ist. Rechtfertigungsbedürftig ist danach nicht die Geheimhaltung administrativer Vorgänge, sondern das Verlangen nach ihrer (ausnahmsweisen) Offenlegung.⁶² Ganz abgesehen davon, dass ein – regelmäßig unter dem Vorbehalt eines berechtigten Interesses stehender – Zugangsanspruch in den hier interessierenden Fällen gegeben ist, erscheint das strikte Festhalten am Prinzip der Regelgeheimhaltung insoweit als ganz grundsätzlich bedenklich, als eine ausdrückliche, rechtsgebietsübergreifende Norm über die Geheimhaltung, sei es verfassungsrechtlich, sei es einfachgesetzlich, nicht existiert.⁶³ Nach alledem scheint sich der Staat also – allen Lippenbekenntnissen redengewandter Politiker zum Trotz⁶⁴ – mitnichten auf den Weg in Richtung einer Gesellschaft mit offener Datenkultur gemacht zu haben, sondern ganz im Gegenteil den Rückweg in eine Gesellschaft angetreten zu haben, in der hinsichtlich öffentlich gespeicherter Daten eine regelrechte *Arkanpräferenz* besteht. Historisch betrachtet lässt sich dabei – nicht nur in Deutschland, sondern auch in weiteren kontinentaleuropäischen Staaten wie insbesondere Frankreich – eine lange Tradition staatlicher Geheimhaltung ausmachen, die (mindestens) bis in die Zeit des Absolutismus des 15. Jahrhunderts zurückreicht.⁶⁵ Nach einem zwischenzeitlichen Sinneswandel hin zum Ideal staatlicher Publizität in der Zeit der Aufklärung⁶⁶ setzte sich das Geheimhaltungsinteresse ab dem Einsetzen des Kolonialismus Ende des 18., Anfang des 19. Jahrhunderts wieder durch⁶⁷ und wurde auch

60 Statt vieler BVerwGE 30, 154 (160 f.); 61, 15 (22 f.); 69, 278 (279 ff.); BVerwG, NJW 1983, 2954; relativierend hingegen BVerwGE 118, 270 (271 ff.).

61 Kaufmann, in: Bertschi u.a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, S. 41 (44); Wieland, in: Engel/Keller (Hrsg.), Governance, 2000, S. 83 (98).

62 Wegener, Der geheime Staat, 2006, S. 3.

63 Ausführlich dazu Wegener, Der geheime Staat, 2006, S. 4 ff.

64 Vgl. nur das mit der sog. Datenstrategie der Bundesregierung von 2021 verbundene Postulat, „[m]ehr Daten innovativ, verantwortungsvoll und gemeinwohlorientiert zu nutzen“, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/presse/hib/820790-820790>, zuletzt abgerufen am 24.05.2024.

65 Dazu und zu den Gründen der Entstehung einer staatlichen Geheimhaltungstradition Wegener, Der geheime Staat, 2006, S. 31.

66 Ausführlich Wegener, Der geheime Staat, 2006, S. 120 ff.

67 Wegener, Der geheime Staat, 2006, S. 317 ff.

durch die Nachkriegsordnung nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs nicht (vollends) hinweggefeht⁶⁸. In der modernen Informationsgesellschaft manifestiert sich diese Arkantradition in einer geschlossenen Datenkultur. Wollen wir diese überwinden und die Wettbewerbsnachteile gegenüber Gesellschaften beseitigen, in denen Wissenschaftlern öffentlich gespeicherte Daten zu Forschungszwecken weitgehend voraussetzungslos zur Verfügung gestellt werden, müssen wir zügig den gesellschaftlichen Diskurs eröffnen und einen Paradigmenwechsel einleiten.

IV. Von der emsigen Erhebung

„Gewinnen Sie's über sich, suchen Sie darnach, und ich schwöre Ihnen, Sie werden sie finden.“⁶⁹

Nachdem es ersichtlich nicht zu überzeugen vermag, Erkenntnisse aufgrund bloß einmaliger Erfahrung zu postulieren, sondern wiederholte Erfahrung erforderlich ist, um daraus auf allgemeine Lehren schließen zu können, muss sich empirische Wissenschaft jedenfalls dann, wenn numerische Daten erhoben werden sollen, mit Statistik befassen, sei es in Gestalt der Erhebung und Beschreibung einer Stichprobe (sog. deskriptive Statistik) oder in Gestalt von Rückschlüssen auf die Grundgesamtheit (sog. Inferenz-Statistik).⁷⁰

Dabei geht es, wie bereits im Rahmen der Formulierung der Fragestellung erörtert (s.o. II.), darum, eine Stichprobe (oder gar die Grundgesamtheit der Daten) so zu erheben, dass möglichst präzise Aussagen dazu getroffen werden können, welche Werte die definierten statistischen Zielgrößen annehmen, welche Ausprägungen der interessierenden statistischen Merkmale also bei der Beobachtung auftreten. Von entscheidender Bedeutung für die Aussagekraft der Untersuchung ist dabei, wie bereits ausgeführt, die Anzahl der Beobachtungen $n = \{x_{i1}, x_{i2}, x_{i3}, \dots, x_{in}\}$, wobei der Parameter n für eine Teilmenge der Grundgesamtheit $N = \{x_1, x_2, x_3, \dots, x_N\}$ steht, also die vollständige Menge aller Merkmale (z.B. Personen, Objekte, Ereignisse), über die eine Untersuchung oder Studie Informationen liefern soll, und die

68 Wegener, Der geheime Staat, 2006, S. 373 ff.

69 Goethe, Die Leiden des jungen Werther, dtv, 22. Aufl. München 2022, Zweites Buch, Am 20. Dezember 1772, S. 103 Z. 7-9.

70 Eberhard, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 1999, S. 33.

Annahme gilt, dass die Stichprobe eine Teilmenge der Grundgesamtheit ist, also $n \subseteq N$. *Beispiel (event study)*: Erhebung der Renditen bestimmter Aktienwerte nach der Veröffentlichung bestimmter, mittels text-mining geclusterter Ad-hoc-Mitteilungen.

Sofern die Datenerhebung – wie im Computerzeitalter üblich und mit Blick auf die Vorteile einer entsprechenden Automatisierung auch ratsam – softwarebasiert erfolgt, stellen sich dabei, je nachdem, wie das verwendete Application Programming Interface (API) gebaut ist, einige *Schnittstellenprobleme*. Ohne an dieser Stelle zu sehr ins Detail zu gehen, lassen sich die Probleme im Wesentlichen auf den Aspekt verdichten, dass die Kombination der im Rahmen der Untersuchung interessierenden statistischen Merkmale in der herangezogenen Datenquelle nicht vorgehalten wird, sodass eine (partielle) Selbstkonstruktion der Datengrundlage notwendig wird. *Beispiel (für die vorstehend beschriebene event study unter Verwendung von LSEG Eikon)*: Der text-mining code liefert Ad-hoc-Mitteilungen der Unternehmen nach ihrer Firma. LSEG Eikon liefert die daily returns der Unternehmen (nur) nach ihrem Refinitiv Identification Code (RIC). Erforderlich wird danach ein „Matching“ von Firma und RIC, sodass gleich mehrere Coding-Schritte nötig sind.

Ferner sieht sich der empirische Forscher, gerade im Zusammenhang mit Wirtschaftsdaten, häufig einem *Glaubenskampf* bezüglich der Gültigkeit theoretischer (insb. ökonomischer) Modelle ausgesetzt, der gewisse Ähnlichkeit mit einem juristischen Meinungsstreit aufweist, sich allerdings, anders als jener, nicht rein argumentativ, sondern nur durch aufwändige empirische Untersuchungen oder gar überhaupt nicht, auflösen lässt. *Beispiel*: Streit um das zutreffende Modell zur Regressionsanalyse am Kapitalmarkt:

Modell	Formel für erwartete Rendite
Constant Expected Returns Model (CERM)	$E(R_i) = \mu_i$
Market Model	$E(R_i) = \alpha_i + \beta_i \times E(R_m)$
Capital Asset Pricing Model (CAPM)	$E(R_i) = R_f + \beta_i \times (E(R_m) - R_f)$

Ohne ins Detail zu gehen und die einzelnen Parameter der Modelle zu erläutern, wird bereits auf den ersten Blick erkennbar, dass je nach Modellwahl unterschiedliche statistische Größen zu erheben sind und teilweise unterschiedliche Ergebnisse zu Tage treten werden. In aller Regel wird die Modellwahl in empirischen wissenschaftlichen Arbeiten nicht weiter

begründet. Vielmehr zeigt der Forscher durch die Modellwahl bereits implizit seinen theoretischen Standpunkt und exponiert sich damit auch ohne weiteres entsprechender, modelltheoretischer Kritik. Damit muss man – ebenso wie mit der aus der klassischen Rechtswissenschaft bekannten argumentativen Kritik – freilich umgehen, hat allerdings – insoweit anders als in der klassischen Rechtswissenschaft – keine rechte Möglichkeit, auf die Kritik zu reagieren, wird man sich doch in aller Regel außer Stande sehen, gleichsam ad hoc ein abweichendes Modell vorzustellen, das sich der Kritik durch die Vertreter anderer Denkschulen entzieht.

V. Von der Ordnung der Auswertung

„In Ordnung und Emsigkeit in Geschäften habe ich wenig seinesgleichen gesehen.“⁷¹

Die Ordnung der gewonnenen Daten ist Ausgangspunkt jeder Auswertung. Zunächst geht es dabei darum, den gewonnenen Datensatz in seinen *Lagemaßen* zu beschreiben, also zu erkennen, wo markante Punkte der aggregierten Datenwerte liegen. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Mittelwert sowie dem Medianwert zu. Dabei unterscheidet sich der Medianwert vom Mittelwert namentlich dadurch, dass er gegen Ausreißer, also Extremwerte innerhalb des Datensatzes robust ist, diese also keinen Einfluss haben.

Lagemaß	Formel
Mittelwert	$\bar{x} = \frac{1}{n} \sum_{i=1}^n x_i$
Medianwert	bei ungeradem n : $x_{med} = x\left(\frac{n+1}{2}\right)$
	bei geradem n : $x_{med} = \frac{x\left(\frac{n}{2}\right) + x\left(\frac{n}{2} + 1\right)}{2}$

Sodann ist der Datensatz in seinen *Streuungsmaßen* zu beschreiben, also zu erkennen, inwieweit die einzelnen beobachteten Werte um bestimmte Lagemaße des Datensatzes (insb. Mittelwert und Medianwert) streuen. Besondere Bedeutung kommt dabei der *Standardabweichung* zu, welche

71 Goethe, Die Leiden des jungen Werther, dtv, 22. Aufl. München 2022, Erstes Buch, Am 10. August 1771, S. 45 Z. 5 f.

die durchschnittliche einfache Abweichung der beobachteten Werte vom Mittelwert angibt.

Streuungsmaß	Formel
Standardabweichung	$s = \sqrt{\frac{1}{n-1} \sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})^2}$

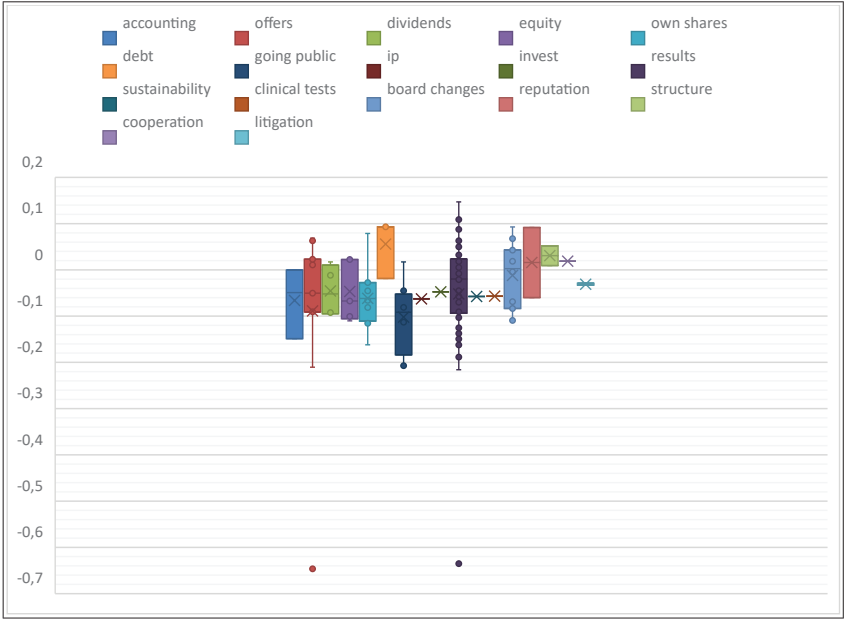
Hat man den gewonnenen Datensatz ordnungsgemäß beschrieben, geht es an dessen *Interpretation*. Zu diesem Zweck formuliert man zu den vorliegenden Daten eine oder mehrere Hypothesen, die sich mittels statistischer Verfahren testen lassen. Dabei muss man sich als Forscher des Umstands bewusst sein, dass sich statistische Hypothesen niemals verifizieren, sondern lediglich falsifizieren lassen. Eine Bestätigung der aufgestellten Hypothese kann es also nicht geben, allenfalls das Ergebnis, dass sich diese – gegenwärtig – nicht falsifizieren lässt. Aus diesem Grund wählt man die zu testenden Hypothesen – die sog. Nullhypothesen – so, dass deren Falsifikation die eigenen Annahmen stützt. *Beispiel (für die vorstehend beschriebene event study)*: Die mittlere abnormale Rendite einer Aktie nach Ad-hoc-Mitteilungen zu einem Vorstandswechsel in der Gesellschaft ist gleich Null (Man geht tatsächlich davon aus, dass die abnormale Rendite nach einem solchen Ereignis gerade nicht Null ist). Die Einzelheiten und das Vorgehen bei einem statistischen Hypothesentest zu erörtern ist hier nicht der Ort,⁷² zumal sich je nach zu testendem Parameter unterschiedliche Testverfahren anbieten. Genügen soll an dieser Stelle der Hinweis, dass die manuelle Berechnung der im Rahmen eines Hypothesentests zu bestimmenden Parameter (z.B. t-Wert, p-Wert) bei größeren Stichproben kaum durchführbar und extrem fehleranfällig ist. Aus diesem Grund bietet sich in besonderem Maße die Berechnung der statistischen Parameter mittels Code an, wobei – je nach gewählter Programmiersprache – eine ganze Reihe von Code-Paketen zur Verfügung steht, die intuitiv benutzbar sind und einen schnellen Einsatz erlauben (z.B. für die Programmiersprache Python das Paket „SciPy“⁷³). Bei aller Begeisterung, die der Verfasser dieses Beitrags für empirische Arbeit mitbringt, darf man freilich nicht verschweigen, dass man sich bei jeder Arbeit mit empirischen Daten zwar nicht lediglich „in Gottes Hand“ befindet, das Ergebnis der Untersuchung aber – zumindest dann, wenn man sich der wissenschaftlichen Redlichkeit verpflichtet fühlt

72 Instruktiv zu Hypothesentests *Mosler/Schmid*, Wahrscheinlichkeitsrechnung und schließende Statistik, 2. Aufl. 2006, S. 237 ff.

73 Abrufbar unter: <https://scipy.org/>, zuletzt abgerufen am 01.06.2024.

– nicht beeinflusst und häufig auch schlecht prognostiziert werden kann. Zeichnen die Daten ein Bild, das so gar nicht zu der eigenen – nicht statistischen, sondern dogmatischen – Hypothese passt oder liefert der Hypothesentest ein Ergebnis, welches die – statistische – Hypothese, um deren Falsifikation es dem Forscher geht, gerade nicht oder nur mit einer großen Irrtumswahrscheinlichkeit falsifiziert, hat man wenig gewonnen und möglicherweise sogar Zeit und Mühe vergebens aufgewendet. Das aber ist ein Merkmal (guter) Wissenschaftler: der Mut, ein Wagnis einzugehen, selbst unter der Gefahr, am Ende „mit leeren Händen“ dazustehen.

Mehr als nur „guter Stil“, sondern vielmehr fachliche Gepflogenheit ist es sodann, die Ergebnisse der Datenauswertung in graphischer Form aufzubereiten, sodass für den Leser die wesentlichen statistischen Kenngrößen auf einen Blick erkennbar sind: *Beispiel*: Boxplot:



Beispiel: Tabelle:

	case group	n	mean_ar	std_dev	t_stat	p_val	significance
1	accounting	3	-6,62%	0,0754	-1,52069	0,267722	
2	offers	11	-8,87%	0,2024	-1,45373	0,176674	
3	dividends	4	-4,56%	0,0571	-1,59863	0,208198	
4	equity	5	-4,66%	0,0651	-1,60306	0,184184	
5	own shares	11	-6,15%	0,0618	-3,30035	0,008009	***
6	debt	3	5,59%	0,0644	1,503318	0,271637	
7	going_public	8	-10,22%	0,0770	-3,75404	0,007130	***
8	results	62	-5,20%	0,1319	-3,10314	0,002901	***
9	board changes	11	-1,18%	0,0710	-0,55125	0,593563	
10	reputation	2	1,60%	0,1071	0,210851	0,867706	
11	structure	2	3,08%	0,0302	1,441943	0,386018	
12	litigation	2	-3,09%	0,0029	-15,2955	0,041562	**
13	ip	1	-6,28%				
14	investition	1	-4,74%				
15	sustainability	1	-5,74%				
16	clinical tests	1	-5,67%				
17	cooperation	1	1,89%				

VI. Von der Ableitung rechtlicher Deduktionen

„Und du, Geist des Himmels, begünstigt meinen Entschluß“⁷⁴

Um aus den ausgewerteten Daten rechtliche Schlussfolgerungen ableiten zu können, bedarf es einer Wiederverbindung von Sein und Sollen, die eingangs des empirischen Teils der Untersuchung voneinander getrennt worden waren (s.o. II.). Mit anderen Worten geht es nunmehr darum, aus den statistischen Zielgrößen, die inzwischen konkrete Gestalt angenommen haben, Rückschlüsse auf die Verwirklichung der rechtlichen Zielgrößen (Tatbestandsmerkmale) zu ziehen. Als Leitlinien für die rechtlichen Deduktionen lässt sich dabei festhalten: *Erstens*: Statistische Zusammenhänge bil-

⁷⁴ Goethe, Die Leiden des jungen Werther, dtv, 22. Aufl. München 2022, Zweites Buch, Am 20. Dezember 1772, S. 121 Z. 9 f.

den lediglich Korrelationen, niemals Kausalitäten ab. *Zweitens*: Hypothesen lassen sich lediglich falsifizieren, niemals verifizieren. Berücksichtigt man diese Leitlinien, können die ausgewerteten Daten von großem Wert für die Ausfüllung der interessierenden Rechtsbegriffe sein. *Beispiel*: Das „Going Public“ einer Gesellschaft erzeugt im Mittel (negative) abnormale Renditen und ist daher für einen verständiger Anleger bei seiner Anlageentscheidung nach Art. 7 Abs. 4 MAR zu berücksichtigen. Hinzuweisen ist freilich darauf, dass es mitunter größere Schwierigkeiten bereiten kann, aus empirischen Daten Schlussfolgerungen abzuleiten, die für die Bestimmung von Rechtsbegriffen geeignet sind. Gerade bei quantitativen Untersuchungen, die numerische Daten liefern, erweist es sich als besondere Schwierigkeit, aus Zahlenwerten Rückschlüsse auf die Interpretation von Rechtsbegriffen zu ziehen, die üblicherweise gerade qualitativ und nicht quantitativ bestimmt werden. Abgesehen von einfach gelagerten Fällen, in denen aus konkreten Zahlenwerten intuitiv rechtliche Ableitungen folgen können (z.B. eine relativ häufige Nennung der Relevanz des Urhebers beim Kauf eines Gemäldes als Hinweis auf deren Verkehrsüblichkeit iSd § 119 II BGB), bedarf es erst einer besonderen Theorie zur Mustererkennung, um überzeugend begründen zu können, wie Unpräzises (hier: Tatbestandsmerkmale) durch Präzises (hier: konkrete Zahlenwerte) erfasst werden kann. Einen derartigen Begründungszusammenhang anzuerkennen, mag klassisch ausgebildeten Juristen auf den ersten Blick seltsam oder gar fremd erscheinen, ist aber durchaus möglich, wenn man sich die Erkenntnisse der modernen mathematischen Mengenlehre, namentlich der *theory of fuzzy sets* (zu Deutsch etwa: Unschärfelogik)⁷⁵ zu Nutzen macht:

75 Begründet durch Zadeh, *Information and Control* 8 (1965), 338; speziell zum Einsatz der Unschärfelogik in der Rechtswissenschaft *Krimphove*, *Rechtstheorie* 30 (1999), 540.

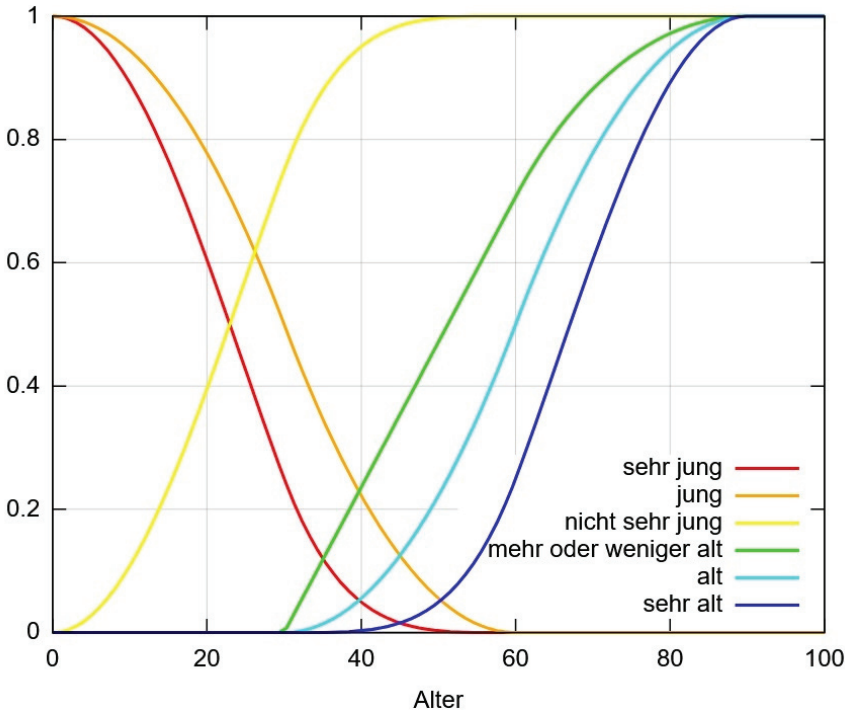


Abbildung 1: Fuzzyfunktion für das Alter eines Menschen (übernommen von Andreas75, lizenziert unter der Creative-Commons-Lizenz: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Fuzzylogik#/media/Datei:Fuzzy-alter.svg>

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass empirische Daten – jedenfalls nach der hier vertretenen Sichtweise – klassische rechtswissenschaftliche Deduktionen nach der gängigen juristischen Methodenlehre nicht ersetzen, sondern neben diese treten und einen Beitrag zur Rechtsfindung leisten können. Zu diesem Zweck eignen sie sich allerdings ganz hervorragend, da sie – anders als dogmatische Deduktionen – durch die Realität belegt und insoweit unumstößlich wahr sind. Man könnte mithin auch sagen: Die Einführung empirischer Methoden leistet einen Beitrag für die Falsifizierbarkeit von Rechtswissenschaft. Rechtswissenschaftliche Ergebnisse werden leichter als „richtig“ oder „falsch“ identifizierbar und erhalten einen stärkeren Realitätsbezug.

VII. Epilog oder: ein Plädoyer für empirische Rechtsforschung

„Ein Mensch, der um anderer willen, ohne dass es seine eigene Leidenschaft, sein eigenes Bedürfnis ist, sich um Geld oder Ehre oder sonst etwas abarbeitet, ist immer ein Tor.“⁷⁶

Wie das Leben des jungen Werthers endet auch die Reise des Forschers durch die Welt der empirischen Wissenschaft am Scheideweg; ein Scheideweg, der durch zwei abschließende Fragen gezeichnet werden soll. *Erstens*: Warum betreiben wir gegenwärtig (im deutschsprachigen Raum) kaum empirische Rechtsforschung? *Zweitens*: Warum sollten wir gleichwohl (unbedingt) empirische Rechtsforschung betreiben?

Zur ersten Frage: Es herrschen innerhalb des „rechtswissenschaftlichen Systems“ gleich in mehrfacher Hinsicht Budgetrestriktionen, welche (junge) Forscher davon abhalten, sich mit empirischen Forschungsmethoden zu beschäftigen. Zu nennen ist zunächst das juristische Ausbildungssystem, welches – der Verfasser dieses Beitrags darf dies als Teil dieses Systems, in welchem er sowohl die Rolle des Auszubildenden als auch die des Ausbildenden eingenommen hat, reinen Gewissens sagen – allzu häufig eindimensionale „Subsumtionsautomaten“, obrigkeitshörige Rechtspraktiker und gnadenlose Dogmatiker hervorbringt. Hinzu tritt die – dem Abgleiten in die Untiefen juristischer Dogmatik geschuldeten – mangelhafte individuelle Ausbildung in Fächern, die mit Rechtswissenschaft auf den ersten Blick wenig zu tun haben, diese aber äußerst gewinnbringend ergänzen könnten (insb. Mathematik, Statistik, Programmieren). Schließlich fehlt es häufig schlicht am Interesse, frei nach dem Leitspruch: „Iudex non calculat.“ Der Verfasser dieses Beitrags hat in diesem Zusammenhang zwar noch keine umfangreichere und damit aussagekräftige Stichprobe gezogen, gelangt aufgrund einiger Beobachtungen innerhalb der gesamten juristischen Zunft aber zu der vorsichtigen Vermutung, dass eine positive Korrelation zwischen einer Aversion gegen Mathematik (oder jedenfalls mathematikähnlichen Sachverhalten, die mit Zahlen zu tun haben) und der Wahl der Rechtswissenschaft als Studienfach anzunehmen ist.

Zur zweiten Frage: Recht hat in einer Gesellschaft bloß dienende Funktion. Es ist nichts weiter als ein Instrument zur (sinnvollen) Gestaltung des Zusammenlebens. Dann sollte sich die Wissenschaft, die mit der Bestimmung jenes Rechts befasst ist, die Rechtswissenschaft, bei ihrer Arbeit doch

76 Goethe, Die Leiden des jungen Werther, dtv, 22. Aufl. München 2022, Erstes Buch, Am 20. Julius 1771, S. 40 Z. 25 ff.

auch an der tatsächlich existierenden Gesellschaft orientieren. So erlaubt empirische Rechtswissenschaft auch das Entlarven substanzloser rechtlicher Behauptungen, also juristischer Lehrgebäude, die intuitiv einleuchten mögen und über Generationen tradiert worden sind, mit den Verhältnissen in einer Gesellschaft, innerhalb derer sie Geltung beanspruchen sollen, aber in diametralem Widerspruch stehen. Schließlich stärkt empirische Rechtsforschung die eigene Argumentation. Selbst Menschen – etwa mit naturwissenschaftlichem Hintergrund –, die rechtlichen Erwägungen eher fernstehen oder diese teilweise als willkürlich befinden, werden sich von Argumenten, die eine empirische Grundlage haben, überzeugen lassen. Empirische Rechtswissenschaft verspricht damit nicht nur eine Bereicherung des juristischen Methodenkanons, sondern überdies einen Zugewinn an Legitimität. Als junge Wissenschaftler sollten wir es wagen, den Weg empirischer Rechtsforschung einzuschlagen. In den Worten des römischen Dichters *Horaz*: Saper(e) aude, incipe. Entschließe dich zur Einsicht, fange nur an!

Wirklichkeit und rechtspolitischer Diskurs

Wie kann der dispositives Recht setzende Gesetzgeber von der empirischen Sozialforschung profitieren?

Eine Annäherung am Beispiel des
Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetzes (MoPeG)

*Carina Gabriella Schwarz**

A. Einleitung

Vor rund einhundertfünfundzwanzig Jahren sind das BGB und das HGB in Kraft getreten und mit ihnen auch ein Personengesellschaftsrecht, das in der Folge vom Gesetzgeber über eine sehr lange Zeit kaum angetastet worden ist. Demgegenüber haben die Vertragsgestaltungspraxis und die Gerichte das Personengesellschaftsrecht stetig fortentwickelt, mit dem Ergebnis, dass das so geformte Recht schließlich mit dem Personengesellschaftsrecht in den Gesetzbüchern nicht mehr viel gemein hatte.¹ Dies hat der Gesetzgeber vor ein paar Jahren zum Anlass genommen, doch einmal in größerem Umfang tätig zu werden, mit dem Ziel, das Personengesellschaftsrecht an die aktuellen Bedürfnisse der Praxis anzupassen.²

Der mit diesem Ziel vor Augen durchgeführte Gesetzgebungsprozess mündete im Jahr 2021 in den Erlass des Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetzes (MoPeG).³ In Kraft getreten ist dieses Gesetz freilich

* Dr. jur., M.Jur. (Oxon.); ich danke allen Diskussionsteilnehmer*innen auf der 33. Jahrestagung der GJZ in Nürnberg für ihre wertvollen Anregungen. Einen ganz herzlichen Dank möchte ich außerdem an alle richten, die es mir ermöglicht haben, diesen Beitrag im Wochenbett zu verfassen, nicht zuletzt meiner lieben Tochter Rebekka; ihr sei dieser Beitrag gewidmet.

- 1 Dies haben sehr viele in ihren Beiträgen zur Reform des Personengesellschaftsrechts festgehalten; vgl. nur *G. Bachmann*, Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, *NJW* 2021, 3073 (3073, 3078); *H. Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, *DStR* 2021, 430 (430 f.); *P. Kindler*, Die „rechtsfähige Gesellschaft“ als juristische Person – erste Befunde und Überlegungen zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), *ZfPW* 2022, 409 (409 f.).
- 2 Siehe BT-Drs. 19/27635, S. 2.
- 3 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436).

größtenteils erst zum 1. Januar 2024.⁴ Mit dem MoPeG hat der Gesetzgeber insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in den §§ 705 ff. BGB von einer Gelegenheitsgesellschaft in eine Dauergesellschaft umgestaltet.⁵ Ungeachtet dieses neuen Leitbilds sollte es den Gesellschaftern aber – wie nicht zuletzt ausdrücklich aus § 708 BGB sowie § 108 HGB hervorgeht – unbenommen bleiben, ihre Rechtsbeziehungen in ihren Gesellschaftsverträgen jedenfalls weitgehend individuell und damit gegebenenfalls auch abweichend von den gesetzlichen Regelungen auszugestalten.⁶ Umgekehrt formuliert, sollten die allermeisten Gesetzesregelungen bloß insoweit Geltung beanspruchen, als im jeweiligen Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist.⁷ Mit den entsprechenden Gesetzesregelungen sollte also dispositives Recht entstehen.

Mit dem MoPeG wollte der Gesetzgeber den Gesellschaftern im Wesentlichen einen Service leisten und die personengesellschaftsrechtliche Infrastruktur – das heißt: den „Unterbau“⁸ für Personengesellschaftsverträge – verbessern: Mindestens zwei Personen sollten, wenn sie sich durch einen solchen Vertrag verbinden, fortan leichter mit gewissen Beiträgen einen bestimmten gemeinsamen Zweck erreichen können. Kurzum wollte der Gesetzgeber die Durchführung von Personengesellschaftsverträgen erleichtern.

Dispositives Recht soll denn auch vor allem eine rechtliche Infrastruktur bieten.⁹ Zwar hat der Gesetzgeber schon damit, dass er es Privaten ermöglicht hat, sich überhaupt unter dem Dach einer Personengesellschaft zusammenzuschließen, eine gewisse rechtliche Infrastruktur geschaffen. Es wäre aber auch bei einem solchen Zusammenschluss nicht möglich bzw. zumindest nicht effizient, den Vertrag in jeder Hinsicht vollständig

4 Art. 137 des MoPeG vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436, 3482).

5 Siehe BT-Drs. 19/27635, S. 2.

6 Vgl. auch BT-Drs. 19/27635, S. 2.

7 Jedenfalls betonen die üblichen Definitionen von „dispositivem Recht“ seinen Charakter als „Reserveordnung“; vgl. *H. Kötz*, Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, JuS 2013, 289 (289 f.); *K. Larenz*, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737 (738); *F. Möslin*, Dispositives Recht, Tübingen 2011, S. 1 f., 12.

8 Dudenredaktion, „Infrastruktur“ auf Duden online <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Infrastruktur>>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024.

9 Vgl. *Möslin*, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 33 ff. („Ordnungsfunktion“), S. 377 („Infrastruktur, auf deren Grundlage Privatautonomie erst sinnvoll ausgeübt werden kann“) und S. 482 („Zentralstück der rechtlichen Infrastruktur“).

auszuverhandeln.¹⁰ Vor diesem Hintergrund sind die Gesellschafter darauf angewiesen, dass ihre Gesellschaftsverträge durch dispositives Recht vervollständigt werden und der Gesetzgeber auch insofern eine rechtliche Infrastruktur bereitstellt. Freilich entlastet der Gesetzgeber die Gesellschafter tatsächlich nur insoweit davon, ihre Verträge auszuverhandeln zu müssen, als sein dispositives Recht jedenfalls im Großen und Ganzen in ihrem Sinne ist. Nichtsdestotrotz kann der Gesetzgeber, indem er das dispositive Recht auf eine bestimmte Weise (nicht) ausgestaltet, insbesondere auch steuernd einwirken (wollen) auf die Vertragsverhandlungen unter den (möglichen) Kontrahenten.¹¹

Unabhängig davon, ob das dispositive Recht im Einzelfall (auch) eine solche Steuerungsfunktion haben soll, bieten sich dem Gesetzgeber jedenfalls unterschiedliche Möglichkeiten, mit dispositivem Recht eine Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten zu schaffen. Wie er mit dispositivem Recht in der Theorie eine möglichst gute Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten schaffen kann, soll unter C. am Beispiel des MoPeG (Grundlagen zum MoPeG bereits unter B.) erörtert werden. Sobald feststeht, was grundsätzlich möglich ist, kann man sinnvollerweise darüber reflektieren, wie man das Mögliche auch weitestgehend in die Praxis umsetzen kann. Entsprechend soll unter D., ebenfalls am Beispiel des MoPeG, herausgearbeitet werden, wie die empirische Sozialforschung dazu beitragen kann, das dispositive Recht als die Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten möglichst gut auszugestalten. Abschließend werden unter E. zusammenfassende Thesen unterbreitet.

B. Grundlagen zum MoPeG

Der Gesetzgeber hat in seiner Gesetzesbegründung zum MoPeG als eines seiner wesentlichen Anliegen herausgestellt, die GbR in den §§ 705 ff. BGB von einer Gelegenheitsgesellschaft in eine Dauergesellschaft umzugestalten.¹² Dies hat der Gesetzgeber für das Verhältnis der Gesellschaft bzw.

10 Siehe zum vollständigen Vertrag als Ideal aus einer rechtsökonomischen Perspektive J. Cziupka, *Dispositives Vertragsrecht*, Tübingen 2010, S. 291 ff.

11 Neben der Steuerung auch die Kontrolle als eine weitere Funktion von dispositivem Recht hervorhebend Möslein, *Dispositives Recht* (Fn. 7), S. 35 ff. („Kontrollfunktion“) und S. 38 ff. („Steuerungsfunktion“).

12 Siehe BT-Drs. 19/27635, S. 2.

der Gesellschafter zu Dritten, das sog. Außenverhältnis, nicht zuletzt umgesetzt, indem er die GbR im Grundsatz als eine rechtsfähige Gesellschaft konzipiert hat. In § 705 Abs. 2 BGB stehen die rechtsfähige und die nicht rechtsfähige GbR zwar auf den ersten Blick gleichberechtigt nebeneinander. Im Übrigen hat der Gesetzgeber der rechtsfähigen GbR aber die §§ 706–739 BGB und der nicht rechtsfähigen GbR lediglich die §§ 740–740c BGB gewidmet. Im Wesentlichen hat der Gesetzgeber also in den §§ 706 ff. BGB Regelungen für die rechtsfähige GbR getroffen. Was das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und gegebenenfalls zur Gesellschaft, das sog. Innenverhältnis, betrifft, hat sich der Gesetzgeber unter anderem weg vom Prinzip der Personenkontinuität und hin zum Prinzip der Verbandskontinuität orientiert.¹³ Beispielsweise war in § 727 BGB a.F. normiert, dass die Gesellschaft aufgelöst wird, wenn ein Gesellschafter stirbt, es sei denn, die Gesellschafter haben in ihrem Gesellschaftsvertrag etwas anderes vereinbart. Demgegenüber müssten die Gesellschafter nunmehr, wie aus den §§ 729, 730 BGB hervorgeht, im Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, wenn dies für sie ein Auflösungsgrund sein sollte.

Entsprechend hatte der Gesetzgeber mit dem MoPeG schon bezogen auf das Innenverhältnis in einer GbR als die Grundform aller Personengesellschaften¹⁴ zahlreiche Regelungsprobleme zu lösen. Nach § 705 Abs. 1 BGB wird eine Gesellschaft durch den Abschluss eines Vertrages errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks auf eine bestimmte Weise zu fördern. Damit ein Vertrag rechtlich als Gesellschaftsvertrag qualifiziert werden kann, müssen sich demnach – erstens – mindestens zwei Personen verbinden, um – zweitens – die Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks – drittens – auf eine bestimmte Weise zu fördern. Schließen die Gesellschafter ihren Gesellschaftsvertrag mit nur diesem Mindestinhalt ab, dann bleiben freilich viele im Laufe der Zeit möglicherweise auftretende Probleme ungelöst: Erstens – bezogen auf die Gesellschafter – kann unter anderem das Problem auftreten, dass eine Person aus der Gesellschaft austreten bzw. in die Gesellschaft

13 Vgl. E. Schollmeyer Reform des Personengesellschaftsrechts, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2020, 2021, Rn. 16.

14 Die GbR sollte durch das MoPeG „konsequent als Grundform aller rechtsfähigen Personengesellschaften ausgestaltet“ werden; BT-Drs. 19/27635, S. 2.

eintreten will.¹⁵ Zweitens – bezogen auf den gemeinsamen Zweck – kann unter anderem das Problem aufkommen, dass der vereinbarte Zweck nicht (mehr) (vollständig) erreicht werden kann.¹⁶ Drittens – bezogen auf die Förderbeiträge – kann sich unter anderem das Problem stellen, dass es mehr als nur eine Möglichkeit gibt, die vereinbarten Förderbeiträge einzusetzen, um den vereinbarten Zweck zu erreichen.¹⁷ In diesem Sinne können in Bezug auf die Personen der Gesellschafter, ihren gemeinsamen Zweck und ihre Förderbeiträge noch zahlreiche weitere Probleme entstehen. Es handelt sich dabei um Probleme, welche die Gesellschafter grundsätzlich allesamt auch selbst in ihren Gesellschaftsverträgen lösen könnten. In der Regel verlassen sich die Gesellschafter aber – aus durchaus rationalen Gründen – darauf, dass das Gesetz passende Lösungen für all die Probleme bereithält und der Gesetzgeber entsprechend für eine gute personengesellschaftsrechtliche Infrastruktur sorgt.¹⁸

C. Theoretische Grundlegung: Wie kann der Gesetzgeber mit dispositivem Recht eine möglichst gute Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten schaffen?

Nachdem der Gesetzgeber die GbR wie schon die Offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG) und die Partnerschaftsgesellschaft (PartG) im Grundsatz als eine Dauergesellschaft konzipiert hat, ist er den Interessen von Gesellschaftern nachgekommen, die ihren gemeinsamen Zweck über eine längere Zeit in einem organisatorisch verfestigten Verband und nicht zwingend bis zum Schluss mit allen Gründungsgesellschaftern verfolgen wollen. Das ist freilich nur eine Möglichkeit, die rechtliche Infrastruktur für Personengesellschaftsverhältnisse auszugestalten. Welchen Ansatz der Gesetzgeber (wohl) verfolgt hat (dazu unter I.), als er für das MoPeG dispositives Recht ausgearbeitet hat, und welche Ansätze der Gesetzgeber überhaupt hätte verfolgen können (dazu unter II.), um möglicherweise auch noch zu (ganz) anderen Lösungen zu kommen, soll im Folgenden entfaltet werden.

15 Siehe dazu näher C.G. Schwarz, Vertragsgestaltung statt Treuepflicht im Recht der Personengesellschaften, Hürth 2024, S. 32 f.

16 Siehe dazu näher Schwarz, Vertragsgestaltung statt Treuepflicht (Fn. 15), S. 31.

17 Siehe dazu näher Schwarz, Vertragsgestaltung statt Treuepflicht (Fn. 15), S. 31 f.

18 Siehe dazu auch bereits unter A.

I. Welchen Ansatz hat der Gesetzgeber für das MoPeG (wohl) verfolgt?

Mit dem MoPeG wollte der Gesetzgeber die Gesetzesregelungen an die „gegenwärtigen praktischen Bedürfnisse von [...] Gesellschaftern“¹⁹ bzw. die „Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens“²⁰ anpassen. Was die GbR betrifft, hat der Gesetzgeber allerdings nur unterschieden zwischen der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen Gesellschaft. Allen Bedürfnissen wäre er auf diese Weise nur gerecht geworden, wenn alle Personen, die sich unter dem Dach einer Personengesellschaft verbinden wollen, um mit bestimmten Förderbeiträgen einen bestimmten gemeinsamen Zweck zu erreichen, unter den Rechtsinstituten rechtsfähige und nicht rechtsfähige GbR sowie OHG, KG und PartG eine jeweils nach ihren Bedürfnissen mit dispositivem Recht ausgefüllte Rechtsform vorfänden.

Dass der Gesetzgeber hinreichend differenziert hat, um alle möglichen Bedürfnisse zu erfassen, ist jedoch schon deshalb unwahrscheinlich, weil die Gesellschafter prinzipiell einen beliebigen Zweck als gemeinsamen Zweck vereinbaren können²¹ und auch ihre Bedürfnisse entsprechend vielfältig sein dürften, und deshalb noch unwahrscheinlicher, weil die Rechtsformen gesetzlich vor allem bezogen auf das Außenverhältnis unterschiedlich geregelt sind. Die gesetzlichen Regelungen zum Innenverhältnis wurden einander durch das MoPeG sogar weiter angenähert. Um hier das oben schon erwähnte Beispiel aufzugreifen, galt für die GbR vor dem MoPeG das Prinzip der Personenkontinuität, während nunmehr für die rechtsfähige GbR – wie bereits zuvor und immer noch für die OHG, KG und PartG – das Prinzip der Verbandskontinuität gilt. Entsprechend lebt das Prinzip der Personenkontinuität im Wesentlichen nur noch mit der nicht rechtsfähigen GbR fort.

Selbst wenn man davon ausgeht, alle Gesellschafter einer Dauergesellschaft auf der einen Seite und alle Gesellschafter einer Gelegenheitsgesellschaft auf der anderen Seite hätten die gleichen Bedürfnisse, dann kann der Gesetzgeber ihnen schon deshalb nicht nachgekommen sein, weil er nicht eine Dauer-GbR und eine Gelegenheits-GbR ausgeformt hat, sondern

19 BT-Drs. 19/27635, S. 114.

20 BT-Drs. 19/27635, S. 101.

21 Vgl. nur C. Schäfer, in: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 9. Aufl., München 2024, § 705 Rn. 6; T. Schöne in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 70. Ed. 1.5.2024, § 705 Rn. 36, 38; W. Servatius, in: M. Henssler/L. Strohner (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Kommentar, 6. Aufl., München 2024, BGB, § 705 Rn. 3 f.

eine rechtsfähige und eine nicht rechtsfähige GbR, also mit Blick auf das Außenverhältnis und nicht mit Blick auf das Innenverhältnis differenziert hat. Zwar meinte der Gesetzgeber, mit der nicht rechtsfähigen GbR alle Gelegenheitsgesellschaften „von Beteiligungs- und Stimmrechtskonsortien über Ehegatteninnengesellschaften bis hin zur Tippgemeinschaft“²² erfasst zu haben. Es ist aber schon zweifelhaft, ob das Etikett „Gelegenheitsgesellschaft“ tatsächlich auf insbesondere alle Beteiligungs- und Stimmrechtskonsortien passt oder ob nicht zumindest manche als „Dauergesellschaften“ zutreffender bezeichnet wären. In jedem Fall kann freilich etwa eine Tippgemeinschaft leicht von einer nicht rechtsfähigen GbR zu einer rechtsfähigen GbR werden, wenn die Gesellschafter nach außen „für die Tippgemeinschaft“ auftreten. Zwar scheint es nach dem Wortlaut von § 705 Abs. 2 BGB so, als hinge die rechtliche Qualifikation als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige GbR allein davon ab, ob die Gesellschafter wollten oder nicht, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt.²³ Schon in § 705 Abs. 3 BGB werden aber objektive Kriterien erwähnt, die einen Willen zur Teilnahme am Rechtsverkehr vermuten lassen sollen. Der Gesetzgeber hat darüber hinaus in seiner Gesetzesbegründung noch erklärt, dass für die Frage, welchen Willen die Gesellschafter haben, ergänzend die tatsächliche Art der Teilnahme am Rechtsverkehr herangezogen werden könne.²⁴ Beides zusammen lässt darauf schließen, dass es recht eigentlich – wie sonst auch – nicht auf den inneren Willen der Gesellschafter ankommen soll, sondern darauf, wie ihre Erklärungen nach dem objektiven Empfängerhorizont zu deuten sind.²⁵ Wenn demnach selbst die Tippgemeinschaft bei entsprechendem Auftreten der Gesellschafter im Rechtsverkehr eine rechtsfähige Gesellschaft sein kann, ohne dass die Gesellschafter bei entsprechendem Auftreten nach außen auch ein Bedürfnis nach organisatorischer Verfestigung im Innenverhältnis haben müssten, ist ausgeschlossen, dass der Ge-

22 BT-Drs. 19/27635, S. 190.

23 Vgl. für Kritik zu diesem Punkt auch S.A.E. Martens, Vom Beruf unserer Zeit für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Kritische Anmerkungen zum "Mauracher Entwurf", AcP 221 (2021), 68 (77 f.).

24 BT-Drs. 19/27635, S. 126.

25 Vgl. C. Armbrüster, in: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, Vor § 116 Rn. 3; J. Busche, in: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, § 133 Rn. 12; C. Schubert, in: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, § 167 Rn. 8.

setzgeber mit den Rechtsformen, die er zur Verfügung gestellt hat, allen Bedürfnissen gerecht geworden ist.

Der Gesetzgeber kann die „gegenwärtigen praktischen Bedürfnisse von [...] Gesellschaftern“²⁶ bzw. die „Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens“²⁷ freilich im Großen und Ganzen auch befriedigt haben, ohne wirklich allen Bedürfnissen gerecht geworden sein zu müssen. Eher die gegenwärtigen praktischen Bedürfnissen von Gesellschaftern hat der Gesetzgeber schon weitgehend erfüllt, wenn er im Großen und Ganzen die Bedürfnisse der Mehrheit der Gesellschafter befriedigt hat. Eher die Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens hat der Gesetzgeber demgegenüber erfüllt, wenn er im Großen und Ganzen die (rechtsfähige) GbR für die Teilnahme am modernen Wirtschaftsleben ausgestaltet hat. Sollten Gesellschafter gegenwärtig mehrheitlich GbRs gründen wollen, um auf diese Weise am Wirtschaftsleben teilzunehmen, dann könnte sogar beides zusammenfallen. Dessen ungeachtet hat der Gesetzgeber mit der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen GbR zwei Formen einer GbR entwickelt, um damit zwei von ihm besonders hervorgehobene und an sich nicht unbedeutende Bedürfnisse zu befriedigen.

II. Welche Ansätze hätte der Gesetzgeber für das MoPeG verfolgen können?

Wenn der Gesetzgeber dispositives Recht setzen will, muss er, da er kaum einmal alle möglichen Bedürfnisse mit nur einem Regelungskomplex erfüllen kann,²⁸ typisieren,²⁹ das heißt eine (bzw. mehrere) in charakteristischen Zügen ausgeprägte Grundform (bzw. Grundformen) entwickeln³⁰. Ungeklärt ist freilich schon, woran er sich dabei orientieren sollte (dazu unter 1.). Soweit dies tatsächliche oder hypothetische Parteiinteressen sein sollten, stellt sich zudem die Frage, ob der Gesetzgeber interessengerechtes oder interessenwidriges dispositives Recht setzen sollte (dazu unter 2.).

26 BT-Drs. 19/27635, S. 114.

27 BT-Drs. 19/27635, S. 101.

28 Vgl. G. Bachmann, *Private Ordnung*, Tübingen 2006, S. 368.

29 Vgl. H. Unberath/J. Cziupka, *Dispositives Recht welchen Inhalts?*, AcP 209 (2009), 37 (48).

30 Vgl. „TYP(US), m.“, *Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm*, digitalisierte Fassung im Wörterbuchnetz des Trier Center for Digital Humanities, Version 01/23, <<https://www.woerterbuchnetz.de/DWB?lemid=T15192>>, abgerufen am 26.7.2024.

1. Woran kann sich der Gesetzgeber für sein dispositives Recht orientieren?

Im Wesentlichen lassen sich empirische Ansätze mit normativen Elementen (dazu unter a)) und normative Ansätze mit empirischen Elementen (dazu unter b)) unterscheiden. Entsprechend wird sich zeigen, dass der Gesetzgeber nicht auf empirische Untersuchungen verzichten kann, wenn er die bestmögliche Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten schaffen will.³¹

a) Im Grundsatz empirische Ansätze mit normativen Elementen

Wenn der Gesetzgeber dispositives Recht setzt, kann er sich an tatsächlichen und deshalb empirisch zu ermittelnden Parteiinteressen orientieren. Es liegt vor allem auch nach dem oben zum MoPeG Geschriebenen nahe, anzunehmen, dass dies die jeweiligen Mehrheitsinteressen sein sollten.³² Es müsste jedoch noch geklärt werden, von welcher Gruppe der Gesetzgeber die mehrheitlichen Interessen ermitteln sollte. Hier könnte weiter zu differenzieren sein zwischen neuen Rechtsinstituten und Reformvorhaben. Bei Reformvorhaben könnte man denken, dass die Mehrheitsinteressen von denjenigen maßgeblich sein sollten, welche das betreffende Rechtsinstitut bereits nutzen. Wenn man die Gruppe so eng fasste, würde aber insbesondere vernachlässigt, dass noch mehr Personen Interesse an dem betreffenden Rechtsinstitut haben könnten, es nur bislang nicht gewählt haben, weil das dispositive Recht ihren Bedürfnissen nicht hinreichend gerecht wird. Es wäre deshalb sinnvoll, in die Gruppe diejenigen einzubeziehen, die Interesse an dem Rechtsinstitut haben könnten, und die Gruppe damit genauso weit zu fassen, wie man dies auch für gänzlich neue Rechtsinstitute tun würde. Für den Ansatz, die Mehrheitsinteressen zum Maßstab zu nehmen, spricht, dass der Gesetzgeber damit dem überwiegenden Teil der jeweiligen Interessenten insofern einen Service leisten würde, als diese ihren Vertrag in dem betreffenden Umfang nicht (mehr) individuell ausgestalten müssten, sondern sich schlicht auf die gesetzliche Infrastruktur verlassen könnten.³³

31 Seine Untersuchung mit einer entsprechenden Forderung für die Zukunft abschließend *Möslein*, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 483.

32 Vgl. *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (48, 50).

33 Vgl. *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (50 f., 55).

Doch selbst wenn im personengesellschaftsrechtlichen Kontext von allen Interessenten die Mehrheit eine GbR für wirtschaftliche Zwecke gründen wollte, so heißt das noch nicht, dass die personengesellschaftsrechtliche Infrastruktur auch unbedingt danach ausgerichtet werden müsste. Es könnte vielmehr sein, dass mit OHG, KG und PartG bereits hinreichend viele Rechtsformen speziell für wirtschaftliche Zwecke zur Verfügung gestanden haben. Umgekehrt könnte man sogar aus der Tatsache, dass GbRs vor dem MoPeG schon regelmäßig für wirtschaftliche Zwecke gegründet worden sind, schließen, dass jedenfalls die ehemaligen gesetzlichen Rahmenbedingungen entsprechende Betätigungen zumindest nicht nennenswert gehindert haben.³⁴ Ohnehin wird in Fällen, in denen eine GbR für wirtschaftliche Zwecke gegründet wird, in der Regel rechtliche Beratung in Anspruch genommen, um den Gesellschaftsvertrag den individuellen Interessen gemäß auszugestalten und in diesem Zuge auch interessenwidriges dispositives Recht abzubedingen.

Vor diesem Hintergrund könnte der Gesetzgeber, statt auf die allgemeinen Mehrheitsinteressen abzustellen, vor allem auch die Mehrheitsinteressen von nur denjenigen in den Blick nehmen, die ihre Gesellschaftsverträge über das unbedingt Erforderliche hinaus nicht individualisieren und damit selbst ihren Bedürfnissen widersprechendes dispositives Recht nicht abbedingen. Solche Gesellschafter sind sehr darauf angewiesen, dass das dispositive Recht im Großen und Ganzen ihren Interessen entspricht. Das können nicht zuletzt Gesellschafter sein, die in eine GbR hineingeraten, ohne sich dessen voll bewusst zu sein.³⁵ Mit einem auf solche Gesellschafter zugeschnittenen dispositiven Recht würde der Gesetzgeber zwar wohl nur den Bedürfnissen eines eher kleinen Teils der an einer GbR an sich Interessierten gerecht. Das muss aber kein Problem darstellen, wenn nur die übrigen Interessenten auf Muster aus der Vertragsgestaltungspraxis zurückgreifen können, die jedenfalls im Grundsatz, das heißt ähnlich wie an allgemeinen Mehrheitsinteressen orientiertes dispositives Recht, ihren Interessen entsprechen.³⁶ Soweit entsprechende Vertragsmuster schon aus-

34 Demgegenüber (nur) mit dem allgemeinen Postulat, dass von den „Bedürfnissen, Interessen und Gewohnheiten der Regelungsadressaten allzu stark“ abweichendes dispositives Recht angepasst werden müsste, *Möslein*, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 439.

35 Vgl. nur *Schäfer* (Fn. 21), § 705 Rn. 32 f.; *Schöne* (Fn. 21), § 705 Rn. 33; *Servatius* (Fn. 21), § 705 Rn. 13.

36 Ebenfalls dispositives Recht für weniger nötig haltend, soweit „kautelarjuristische Eigenvorsorge“ zu erwarten sei, *H. Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungs-

gearbeitet worden sind, können die Gesellschafter mit diesen Mustern in der Regel recht kostengünstig kontrahieren und in diesem Zuge auch alles interessenwidrige dispositive Recht abbedingen.³⁷ Und soweit die jeweiligen Gesellschafter selbst ein im Grundsatz schon interessengerechtes Muster noch perfekt auf ihre Bedürfnisse anpassen wollen, ist davon auszugehen, dass sie ein im Grundsatz ihren Interessen entsprechendes dispositives Recht ebenfalls noch individualisieren würden und ihnen deshalb unabhängig vom Zuschnitt des dispositiven Rechts jeweils ähnliche Kosten entstünden.

So kann es nicht nur in diesem speziellen Kontext, sondern allgemein gute Gründe geben, das dispositive Recht nicht an den allgemeinen Mehrheitsinteressen auszurichten, sondern an den Interessen, die in sonst einer klar abgrenzbaren Gruppe von Parteien vorherrschen. Das sind nicht zwingend *die* Minderheitsinteressen.³⁸ Vielmehr *kann* die sonst klar abgrenzbare Gruppe, da sie unabhängig von der Quantität nach qualitativen Kriterien zu bilden ist, auch die jeweilige Mehrheitsfraktion sein und ihre Interessen können zugleich sogar *die* Mehrheitsinteressen sein. Genauso *kann* die sonst klar abgrenzbare Gruppe aber auch die Minderheitsfraktion bzw. eine von mehreren Minderheitsfraktionen sein. Jedenfalls muss der Gesetzgeber auch dann, wenn er mit seinem dispositiven Recht sicher den tatsächlichen Mehrheitsinteressen einer bestimmten (Unter-)Gruppe von Parteien gerecht werden will, die jeweiligen Mehrheitsinteressen empirisch ermitteln.

b) Im Grundsatz normative Ansätze mit empirischen Elementen

Wer behauptet, sich an den Parteiinteressen zu orientieren, tatsächlich aber ihre hypothetischen Interessen zum Maßstab nimmt, setzt nicht Recht, das die Parteien wollten, sondern Recht, von dem er meint, dass die Parteien es wollen könnten oder auch (nur) vernünftigerweise wollen sollten.³⁹ Entsprechend kann der Gesetzgeber auch mit normativen Erwägungen

entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 430 (437).

37 Vgl. *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (54 f.).

38 Vgl. für eine reine Mehrheits-Minderheits-Betrachtung *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (52 ff.).

39 Vgl. *L. Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, Tübingen 2012, S. 96 ff.

einen Maßstab für sein dispositives Recht setzen. In diesem Sinne kann er insbesondere erstens zum Maßstab erheben, was er aus der Perspektive von allen durch das jeweilige Rechtsverhältnis verbundenen Parteien oder auch nur einer bestimmten Gruppe von durch das jeweilige Rechtsverhältnis verbundenen Parteien für die ausgewogenste Lösung hält. Diese Lösung soll deshalb den hypothetischen Interessen der jeweiligen Parteien entsprechen.⁴⁰ Im personengesellschaftsrechtlichen Kontext lässt sich zum Beispiel an die hypothetischen Interessen von denjenigen denken, die mit ihren GbRs wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Zweitens kann der Gesetzgeber zum Maßstab machen, was er aus der Perspektive von einer Partei, zum Beispiel der erfahrungsgemäß unterlegenen Partei, für die angemessenste Lösung hält.⁴¹ Diese Lösung soll der unterlegenen Partei einen ihre Unterlegenheit kompensierenden Vorteil bei den Verhandlungen über die Abbedingung des dispositiven Rechts verschaffen und deshalb ausgleichend wirken. Drittens kann der Gesetzgeber als Maßstab bestimmen, was er aus einer parteifremden Perspektive, insbesondere aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen heraus, für die beste Lösung hält.⁴²

Soweit der Gesetzgeber als dispositives Recht setzt, was die Parteien – aus welchen Gründen auch immer – wollen sollten, aber nicht einmal weit verstanden in ihrem Sinne ist, müsste der Gesetzgeber dafür freilich als Rechtfertigung gute Gründe liefern. Das gilt insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber mit seinem dispositiven Recht parteiunabhängige Gerechtigkeitsvorstellungen verwirklichen will.⁴³ Mit solchem dispositiven Recht belastet der Gesetzgeber nämlich letztlich (nur) Individuen, welche das dispositive Recht – aus welchen (guten) Gründen auch immer – nicht abbedingen (können).⁴⁴ Jedenfalls hat der Gesetzgeber über alle drei skizzierten normativen Ansätze die Möglichkeit, dispositives Recht so zu setzen,

40 Vgl. C.-W. Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273 (285); Möslin, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 89; Unberath/Cziupka, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (48 f.).

41 Freilich muss der Gesetzgeber zwingendes Recht setzen, soweit die erfahrungsgemäß unterlegene Partei mehr Schutz erfahren sollte, als dispositives Recht leisten kann; vgl. Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (Fn. 39), S. 260 ff.

42 Vgl. Möslin, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 89.

43 Vgl. Unberath/Cziupka, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (75 ff.).

44 Ebenfalls die mit der Abbedingung verbundenen Lasten hervorhebend Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (Fn. 39), S. 231 f.; dazu ähnlich und im Übrigen auch zum „Dispositionsverhalten“ Möslin, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 71 ff., 265 ff.

dass er damit (bewusst) steuernd auf das (Verhandlungs-)Verhalten der jeweiligen Parteien einwirken kann.⁴⁵

Damit der Gesetzgeber mit seinen normativen Ansätzen tatsächlich erreichen kann, was er sich jeweils vorgestellt hat, müsste er aber auch noch empirische Untersuchungen anstellen. So kann eine Lösung nur vor dem Hintergrund bestimmter Annahmen ausgewogen, ausgleichend oder allgemein gerecht sein. Eine theoretisch ausgewogene Lösung kann praktisch unausgewogen sein, wenn ein Rechtsinstitut praktisch (überwiegend) für andere Zwecke genutzt wird als theoretisch angenommen. Eine theoretisch ausgleichende Lösung kann unterkompensatorisch oder überkompensatorisch sein, wenn die als unterlegen eingestufte Partei praktisch mehr oder weniger unterlegen ist als theoretisch angenommen. Eine theoretisch gerechte Lösung kann praktisch ungerecht sein, wenn sie entgegen theoretischen Annahmen der Allgemeinheit kaum nützt bzw. die jeweiligen Parteien zu stark belastet. Es geht in diesem Zusammenhang mithin insbesondere um eine möglichst gute Folgenabschätzung.⁴⁶

2. Den Parteiinteressen entsprechendes oder widersprechendes dispositives Recht?

Wenn sich der Gesetzgeber an bestimmten (tatsächlichen oder hypothetischen) Parteiinteressen orientieren will, dann bleibt ihm schließlich noch eine normative Frage zu beantworten: Soll er interessengerechtes oder interessenwidriges dispositives Recht setzen? Der Einsatz von interessenwidrigem dispositivem Recht ist nur effizient und deshalb unter rechtsökonomischen Aspekten sinnvoll, soweit – idealerweise aufgrund von empirischen Untersuchungen – zwei Annahmen berechtigt sind:⁴⁷ Erstens muss hinreichend Grund zur Annahme bestehen, dass die betroffenen Parteien in Verhandlungen eintreten werden, um das dispositive Recht abzubedingen. Zweitens muss berechtigterweise angenommen werden können, dass die Parteien auf dem Verhandlungswege zu interessengerechteren Lösungen

45 Vgl. *Möslein*, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 89.

46 Vgl. zur Abschätzung der Folgen von Gesetzen *M. Dittrich*, Folgenabschätzung von Gesetzen in Deutschland und Großbritannien, München 2009, passim; *C. Grimm*, Gesetzesfolgenabschätzung – Möglichkeiten und Grenzen – aus der Sicht des Parlaments, ZRP 2000, 87; *M. Seckelmann*, Neue Aufgaben für den Nationalen Normenkontrollrat – Perspektiven für die Folgenabschätzung von Gesetzen?, ZRP 2010, 213; *S. Veit*, Bessere Gesetze durch Folgenabschätzung?, Wiesbaden 2010, passim.

47 Vgl. *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (Fn. 10), S. 430 ff.

gelangen werden, als der Gesetzgeber sie als Einheitslösungen für jegliche Parteien entwickeln könnte. Entsprechend sollte der Gesetzgeber nach rechtsökonomischen Maßstäben im Übrigen interessengerechtes dispositives Recht setzen. Gezwungen ist der Gesetzgeber jedoch nicht, rechtsökonomische Grundsätze zu verwirklichen. Er kann vielmehr grundsätzlich auch nach anderen Maßstäben interessengerechtes bzw. interessenwidriges dispositives Recht setzen.

III. Zwischenergebnis

Es spielt keine Rolle, ob der Gesetzgeber beim Setzen dispositiven Rechts einen empirischen Ansatz mit normativen Elementen oder einen normativen Ansatz mit empirischen Elementen verfolgen will; in jedem Fall muss er sich über tatsächliche Gegebenheiten unterrichten, um das jeweils bestmögliche dispositive Recht entwickeln zu können. Wenn sich der Gesetzgeber an bestimmten tatsächlichen Parteiinteressen orientieren will, dann muss er empirisch ermitteln, welche Interessen die betreffenden Parteien haben; und wenn er sich an einem von ihm selbst gesetzten normativen Maßstab orientieren will, dann muss er empirisch ermitteln, ob die von ihm bei seiner Maßstabbildung zugrunde gelegten Annahmen zutreffen.

D. Praktische Umsetzung: Wie kann der Gesetzgeber das dispositive Recht möglichst gut ausgestalten?

Wenn der Gesetzgeber also, um möglichst gutes dispositives Recht setzen zu können, in jedem Fall tatsächliche Gegebenheiten in Erfahrung bringen sollte, lohnt sich ein Blick dorthin, wo dauernd entsprechende Daten planmäßig erhoben und ausgewertet werden: in die empirische Sozialforschung. Im Folgenden soll dargelegt werden, inwiefern der Gesetzgeber für das MoPeG (wohl) auf die Methoden der empirischen Sozialforschung zurückgegriffen hat (dazu unter I.) und inwiefern er für das MoPeG noch von den Methoden der empirischen Sozialforschung hätte profitieren können (dazu unter II.)

I. Inwiefern hat der Gesetzgeber für das MoPeG (wohl) auf die Methoden der empirischen Sozialforschung zurückgegriffen?

Für das MoPeG hat der Gesetzgeber nicht unmittelbar selbst einen Gesetzentwurf erstellt, sondern zunächst eine Expertenkommission damit betraut, einen entsprechenden Entwurf auszuarbeiten. Dies hatten CDU, CSU und SPD schon in ihrem Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode vereinbart. Danach wollten sie das Personengesellschaftsrecht nicht nur überhaupt reformieren und „an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens anpassen“, sondern auch bereits explizit „eine Expertenkommission einsetzen, die gesetzliche Vorschläge für eine grundlegende Reform“ erarbeiten sollte.⁴⁸ Diese Koalitionsvereinbarung umsetzend, hat das nach damaligem Ressortzuschnitt noch so benannte Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) acht durch ihre theoretische und/oder praktische Arbeit im Personengesellschaftsrecht ausgewiesene Personen aus Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zu Kommissionsmitgliedern bestellt.⁴⁹ In diesem Zuge wurde ihnen der Auftrag erteilt, unter dem Vorsitz des BMJV „den Reformbedarf im Personengesellschaftsrecht zu ermitteln und Vorschläge für Änderungen zu entwickeln, mit denen es an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens angepasst werden kann“⁵⁰. Die Expertenkommission ist über knapp anderthalb Jahre mehrfach in Arbeitsgruppen und als Gesamtgruppe zusammengekommen und abschließend mehrere Tage lang auf Schloss Maurach am Bodensee in Klausur gegangen.⁵¹ Ihrem Auftrag entsprechend hat die Expertenkommission als Ergebnis ihrer Zusammenkünfte einen Gesetzentwurf mit Begründung vorgelegt, den sog. „Mauracher Entwurf“.⁵²

Um Informationen von Experten zu beziehen, hat die empirische Sozialforschung ein spezielles Verfahren entwickelt, sog. Experteninterviews. Dabei ist allgemein jedes Interview eine Befragung bzw. jede Befragung ein

48 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, 2018, S. 131, abrufbar unter <<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/847984/0bad5cb7d094fa10ed58a431d2f907ce/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>>, zuletzt abgerufen 26.7.2024.

49 BT-Drs. 19/7366, S. 2 f., 5 f.

50 BT-Drs. 19/7366, S. 2.

51 Vgl. A. Bergmann, Der Mauracher Gesetzentwurf der Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020, 994 (994).

52 Mauracher Entwurf <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Personengesellschaftsrecht.html>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024.

Interview; die beiden Begriffe werden im sozialwissenschaftlichen Kontext synonym gebraucht.⁵³ Vorgaben dazu, wie lang ein Interview sein darf, werden nicht gemacht.⁵⁴ Speziell bei einem Experteninterview werden Personen befragt, die wegen ihrer Position und/oder ihres (vermuteten) Wissens als „Experten“ gelten.⁵⁵ Zum Expertenwissen werden vor allem Fakten, Erfahrungen und Deutungen gezählt.⁵⁶ Ein Interview als Kommunikations- und Interaktionsprozess erzeugt einen jedenfalls subjektiv wahren Text.⁵⁷ Man könnte zwar meinen, dass Expertenwissen objektiv wahr sein müsste; tatsächlich ist aber auch solches Wissen mal mehr und mal weniger stark subjektiv gefärbt.⁵⁸ Um wenigstens die subjektive Wahrheit zu erfahren und nicht nur bestätigt zu bekommen, was man selbst zu wissen glaubt, sind Interviews grundsätzlich offen zu gestalten.⁵⁹ Dem sind freilich schon dadurch Grenzen gesetzt, dass eine Interviewfrage auf eine bestimmte Weise formuliert werden muss: Schon durch seine Wortwahl übt der Interviewer Einfluss darauf, wie der Interviewte auf seine Frage antworten wird.⁶⁰ Vor allem aber müssen Interviews insoweit strukturiert werden, als dies notwendig ist, um die jeweilige Forschungsfrage beantworten zu können.⁶¹ Je nach Forschungsfrage kann es zweckmäßig sein, Experteninterviews in Form von Leitfadeninterviews zu führen.⁶² Leitfadeninterviews zeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass vor dem Interview ein Fragebogen

53 Exemplarisch A. Diekmann, Empirische Sozialforschung, Hamburg 2023, S. 434.

54 Nur weil in Fernsehen und Rundfunk ausgestrahlte Interviews in der Regel eher kurz sind, heißt das schon nicht, dass Interviews ganz allgemein, und erst recht nicht, dass Interviews im sozialwissenschaftlichen Kontext genauso kurz sein müssten.

55 Vgl. C. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 875 (875, 887); R. Kaiser, Qualitative Experteninterviews, Wiesbaden 2021, S. 41 ff.

56 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (877, 887); den Experten als „Lieferant von Informationen“ begreifend Kaiser, Qualitative Experteninterviews (Fn. 55), S. 5, 48 ff., 150 ff.

57 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (877 f.); Kaiser, Qualitative Experteninterviews (Fn. 55), S. 1 f., 93 ff.

58 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (887).

59 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (878); Kaiser, Qualitative Experteninterviews (Fn. 55), S. 3, 11 f.

60 Vgl. Diekmann, Empirische Sozialforschung (Fn. 53), S. 434; Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (878 f.).

61 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (878 f.); Kaiser, Qualitative Experteninterviews (Fn. 55), S. 64 ff.

62 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (888); Kaiser, Qualitative Experteninterviews (Fn. 55), S. 7 ff., 36 ff.

entwickelt werden muss.⁶³ Der einmal ausgearbeitete Fragebogen kann mehreren Personen vorgelegt werden und die so erhobenen Daten können auch vergleichend ausgewertet werden.⁶⁴

Inwieweit das BMJV die von ihm für das MoPeG bestellten Expertenkommissionsmitglieder nach den Regeln der empirischen Sozialforschung interviewt hat, lässt sich nicht abschließend beurteilen, weil über den Kommunikations- und Interaktionsprozess zwischen dem BMJV und den Experten wenig öffentlich bekannt geworden ist. Öffentlich bekannt ist neben dem Ergebnis, dem Mauracher Entwurf, im Wesentlichen nur der Auftrag an die Expertenkommission, „den Reformbedarf im Personengesellschaftsrecht zu ermitteln und Vorschläge für Änderungen zu entwickeln, mit denen es an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens angepasst werden kann“⁶⁵.

Zum Auftrag an die Expertenkommission sei erstens bemerkt, dass er die Interviews mit den Experten insoweit strukturiert hat, als die Experten von vornherein nur noch zum „Wie“ und nicht mehr zum „Ob“ einer Reform des Personengesellschaftsrechts befragt worden sind. Hätte man ihnen stattdessen die Frage gestellt, *inwieweit* das Personengesellschaftsrecht reformiert werden soll, hätten sie insbesondere auch antworten können, dass das Personengesellschaftsrecht gar nicht reformiert werden sollte. Dass diese Möglichkeit ausgeschlossen worden ist, lässt sich jedoch damit erklären, dass sich zuvor nicht zuletzt der 71. Deutsche Juristentag in seiner wirtschaftsrechtlichen Abteilung mit dem Für und Wider einer Reform des Personengesellschaftsrechts befasst und mit einer großen Mehrheit für eine Reform votiert hatte.⁶⁶

Zum Auftrag an die Expertenkommission sei zweitens bemerkt, dass er den im Personengesellschaftsrecht tätigen Personen keinen sinnvollen

63 Vgl. *Helfferrich*, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (881); *Kaiser*, Qualitative Experteninterviews (Fn. 55), S. 64 ff.

64 Vgl. *Helfferrich*, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (881).

65 BT-Drs. 19/7366, S. 2. Entsprechend wollte der Gesetzgeber die Vorschläge der Expertenkommission auch insoweit aufgreifen, als „sie geeignet sind, zu dem vorgesehenen Ziel beizutragen, das Personengesellschaftsrecht zu reformieren und an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens anzupassen“; BT-Drs. 19/7366, S. 10.

66 Der Beschluss, ob eine Reform des Personengesellschaftsrechts geboten sei, „um das geschriebene Recht mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen“, wurde mit 43 zu 2 Stimmen (bei 3 Enthaltungen) angenommen; vgl. Beschluss des 71. DJT, in: Ständige Deputation des DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Band II/1, München 2017, S. O 101.

Raum eröffnet hat, um ihr Expertenwissen zu entfalten. Es ist nämlich schon unklar, was ein modernes, vielfältiges Wirtschaftsleben sein sollte, und erst recht auch, welche Anforderungen es stellen könnte. Insofern wurde schlicht eine wohlklingende, aber inhaltsarme Formulierung aus dem Koalitionsvertrag übernommen. Wenn den Experten damit ermöglicht werden sollte, offen ihr Erfahrungswissen zu teilen, dann lässt sich festhalten, dass die ausgewählten Experten (wohl) jedenfalls überwiegend aus den in ihrer Gerichtspraxis, Beratungspraxis bzw. (mutmaßlichen) Gutachtenpraxis gesammelten Erfahrungen mit wirtschaftsnahen Sachverhalten schöpfen konnten. Als Experten ausgewählt wurden nämlich ein früherer Vorsitzender des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, zwei Großkanzleianwält*innen, ein Großstadtnotar und vier Hochschullehrer*innen.⁶⁷ Tatsächlich hat die Expertenkommission dann allerdings sowohl für die rechtsfähige als auch für die nicht rechtsfähige GbR dispositives Recht entworfen und damit nicht nur GbRs mit wirtschaftlichen Zwecken, sondern auch GbRs mit nicht wirtschaftlichen Zwecken bedacht. Dabei waren die sehr spärlichen Regelungen zur nicht rechtsfähigen GbR zusammen mit den allgemeinen Regelungen zur GbR schon nach dem Mauracher Entwurf für höchst unterschiedliche Konstellationen „von Beteiligungs- und Stimmrechtskonsortien über Ehegatteninnengesellschaften bis hin zur Tippgemeinschaft“ bestimmt⁶⁸. In all diesen Konstellationen sollen nach den Vorstellungen der Expertenkommission regelmäßige GbRs im Sinne des § 705 Abs. 1 BGB „gegründet“ werden.⁶⁹ Mag auch im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens „gegründet“ in § 705 Abs. 1 BGB noch durch „errichtet“ ersetzt worden sein, so kann jedenfalls bei den Ehegatteninnengesellschaften regelmäßig weder von dem einen noch von dem anderen wirklich die Rede sein. In familienrechtlichen Konstellationen werden vielmehr allgemein GbRs eher „konstruiert“,⁷⁰ weil man über sie einen Ausgleich unter Ehegatten oder auch nichtehelichen Lebensgefährten erreichen kann.

67 Namentlich Vorsitzender Richter am BGH a. D. Prof. Dr. Alfred Bergmann, Rechtsanwalt Dr. Thomas Liebscher, Mannheim, Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, Stuttgart, Notar Dr. Marc Hermanns, Köln, Prof. Dr. Barbara Grunewald, Uni Köln, Prof. Dr. Carsten Schäfer, Uni Mannheim, Prof. Dr. Frauke Wedemann, Uni Münster, und Prof. Dr. Johannes Wertenbruch, Uni Marburg; siehe BT-Drs. 19/7366, S. 6.

68 Mauracher Entwurf, S. 138 <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Personengesellschaftsrecht.html>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024.

69 Mauracher Entwurf, S. 3 <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Personengesellschaftsrecht.html>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024.

70 Vgl. A. Kohlenberg in: K.H. Johannsen/D. Henrich/C. Althammer (Hrsg.), Kommentar zum Familienrecht; 7. Aufl., München 2020, § 1372 BGB Rn. 11; *Schöne* (Fn. 21),

Dafür ist die GbR freilich niemals konzipiert worden. Es wäre sinnvoll gewesen, zumindest (auch) diese Konstellationen genauer in den Blick zu nehmen und dafür (auch) im Familienrecht tätige Personen als Experten hinzuzuziehen. Solche Experten hätten dazu befragt werden können, was dafür und dagegen spricht, die betreffenden Konstellationen (erstmal) richtig in das Recht der GbR einzugliedern, bzw. was dafür und dagegen spricht, die betreffenden Konstellationen (endlich) aus dem Recht der GbR auszugliedern und in einem anderen, insbesondere familienrechtlichen, Zusammenhang zu regeln.

Im Übrigen sei noch angesprochen, dass die Expertenkommission als Ergebnis ihrer Arbeit mit dem Mauracher Entwurf einen Gesetzentwurf präsentieren und damit einen Anker für alle folgenden Gesetzentwürfe bis hin zum endgültigen MoPeG setzen sollte und auch präsentiert bzw. gesetzt hat.⁷¹ Dies wäre, wenn nicht auch das BMJV in der Expertenkommission vertreten gewesen wäre, deshalb problematisch, weil die bloße Tätigkeit im Personengesellschaftsrecht nicht besonders dafür qualifiziert, fertige Gesetzentwürfe auszuarbeiten. Entsprechend hätten allein die für die Expertenkommission ausgewählten Personen durch einen Gesetzentwurf recht großen Einfluss auf das Gesetzgebungsverfahren genommen, ohne dass dies durch ihre besondere Expertise im Personengesellschaftsrecht gerechtfertigt gewesen wäre. Unabhängig davon wäre es zumindest einer Überlegung wert gewesen, den Gesetzentwurf gänzlich dem Gesetzgeber – damals also zweckmäßigerweise dem BMJV – zu überlassen und als Vorbereitungemaßnahme Leitfadeninterviews mit schon zahlenmäßig mehr, aber vor allem auch auf mehr – unterschiedliche – Weisen im Personengesellschaftsrecht tätigen Personen zu führen.⁷²

§ 705 BGB Rn. 32; D. Wiedemann in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 70. Ed. 1.11.2023, Art. 1 EuGüVO Rn. 51.

71 Grundlegend zum sog. *anchoring effect* A. Tversky/D. Kahneman, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Science, Bd. 185, Nr. 4157, 27.9.1974, 1124 (1128 ff.).

72 Im Gesetzgebungsverfahren wurden zwar als Sachverständige auch noch angehört Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan), HU Berlin, Verbandsjuristin Annika Böhm, Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V., Berlin, Prof. Dr. Mathias Habersack, LMU München, Notar Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden, Rechtsanwalt Dr. Daniel Otte, LL.M. (Boston Univ.), Köln, und Prof. Dr. Alexander Schall, M. Jur. (Oxford), Leuphana Uni Lüneburg, sowie ein weiteres Mal Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Stuttgart; siehe <<https://www.bundestag.de/dokumente/textrarchiv/2021/kw16-pa-recht-personengesellschaft-832086>>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024. Es liegt aber nahe, dass auch diese Personen – im Übrigen abgesehen von einer Verbandsjuristin wiederum lediglich Hochschullehrer und Rechtsberater*innen

Obwohl der Gesetzgeber wohl einen empirischen Ansatz mit normativen Elementen verfolgen und die rechtliche Infrastruktur den Mehrheitsinteressen entsprechend ausgestalten wollte, hat er nicht empirisch ermittelt, ob mehrheitlich tatsächlich ein bis in die GbR hinein wirtschaftlich orientiertes Personengesellschaftsrecht gewünscht ist. Der Gesetzgeber hat vielmehr normativ festgelegt, dass das Personengesellschaftsrecht insgesamt wirtschaftlich ausgerichtet sein sollte und sich empirisch abgesichert, indem er im Personengesellschaftsrecht jedenfalls auch, wenn nicht sogar vor allem wirtschaftsnah tätige Personen zu Rate gezogen hat. Diese Personen haben dem Gesetzgeber den grundsätzlichen Bedarf an einem bis in die GbR hinein wirtschaftlich orientierten Personengesellschaftsrecht bestätigt⁷³ und ihm bis hin zu einem konkreten Gesetzentwurf dabei geholfen, das Personengesellschaftsrecht nach dieser Maßgabe umzugestalten.

II. Inwiefern hätte der Gesetzgeber für das MoPeG noch von den Methoden der empirischen Sozialforschung profitieren können?

Um tatsächlich einen empirischen Ansatz mit normativen Elementen durchzuführen und die personengesellschaftsrechtliche Infrastruktur zum Beispiel den allgemeinen Mehrheitsinteressen entsprechend auszugestalten, hätte der Gesetzgeber diese Mehrheitsinteressen empirisch ermitteln müs-

in Großstädten – jeweils allein wegen ihrer Tätigkeit im Personengesellschaftsrecht ausgewählt worden sind. Außerdem sollten sie auch keine spezifischen Fragen beantworten, sondern nur unspezifisch ihre Stellungnahme zu dem damals bereits erstellten Regierungsentwurf abgeben. Wollte der Gesetzgeber stattdessen vor solchen Reformvorhaben methodengerecht Experten anhand eines Leitfadens befragen, müsste er sich freilich überlegen, wie er hinreichend viele Personen mit der nötigen Expertise zur Beantwortung seiner Fragen motivieren könnte, ohne Auszeichnungen wie „Expertenkommissionsmitglied“ oder „Sachverständiger“ verleihen zu können. Solche Bezeichnungen werden nämlich nur dann als Auszeichnungen verstanden, wenn bloß wenige damit bedacht werden.

- 73 Obgleich dies nicht öffentlich kundgetan worden ist, liegt es schon deshalb sehr nahe, weil die ausgewählten Experten in ihrer personengesellschaftsrechtlichen Praxis überwiegend mit wirtschaftsnahen Sachverhalten betraut sein dürften. Im Übrigen betonen die Expertenkommissionsmitglieder aber auch tatsächlich in ihren Publikationen regelmäßig die wirtschaftliche Bedeutung der GbR; exemplarisch *M. Hermanns*, Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – Entstehung und Überblick, DNotZ 2022, 3 (4): „Aufgrund der Vielgestaltigkeit der GbR und angesichts ihrer vielfältigen Verwendbarkeit im Wirtschaftsleben hatte das MoPeG eine große Zahl von Detailfragen zu regeln, deren Beantwortung es sich in 137 Artikeln widmet.“

sen. Dafür hätte er sich der Methoden der empirischen Sozialforschung bedienen können. Unter all den Methoden jeweils die geeignetste zu finden, stellt freilich eine große Herausforderung dar. Um Daten zu generieren, die eine Antwort auf die Frage ermöglichen, welche dispositiven Regelungen den allgemeinen Mehrheitsinteressen entsprechen würden, kommen als Methoden insbesondere die Inhaltsanalyse, das Interview und das Experiment in Betracht.

1. Inhaltsanalyse⁷⁴

Inhaltsanalyse ist die systematische Erhebung und Auswertung von Quellen, insbesondere auch von Texten.⁷⁵ Für das MoPeG hätte der Gesetzgeber jedenfalls eine repräsentative Auswahl⁷⁶ von Personengesellschaftsverträgen zusammentragen und im Hinblick darauf auswerten können, inwieweit und inwiefern sie von dem damaligen dispositiven Recht abweichende Regelungen enthielten.⁷⁷ Es ist aber schon nicht einfach, Personengesellschaftsverträge zusammenzutragen. Wo sollte man anfangen zu suchen, da solche Verträge nirgends gesammelt werden? Kann man sich trotzdem Zugang zu Personengesellschaftsverträgen verschaffen, wird die Auswahl kaum repräsentativ sein: Jedenfalls mündlich geschlossene Personengesellschaftsverträge lassen sich kaum beschaffen. Selbst bei einem – theoretischen – Zugang auch zu mündlich geschlossenen Personengesellschaftsverträgen bliebe das Problem, dass man nur daraus, dass eine dispositive Regelung nicht abbedungen worden ist, nicht schließen könnte,⁷⁸ dass die Parteien die jeweilige Regelung allen (sinnvoll) möglichen Alternativen vorgezogen haben. Einen solchen Schluss kann man vielmehr allenfalls ziehen, soweit die Parteien nach einer rechtlichen Beratung über die Alternativen das dispositive Recht gewählt haben. Wenn und soweit sich die Parteien

74 Siehe für einen Überblick dazu P. Mayring/T. Fenzl, Qualitative Inhaltsanalyse, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 691 (691 ff.).

75 Vgl. Diekmann, Empirische Sozialforschung (Fn. 53), S. 576; H. Kromrey/J. Roose/J. Strübing, Empirische Sozialforschung, 13. Aufl., Konstanz u.a. 2016, S. 302 f.

76 Für einen Überblick zum Auswahlverfahren Kromrey/Roose/Strübing, Empirische Sozialforschung (Fn. 75), S. 253 ff.

77 Vgl. Unberath/Cziupka, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (56).

78 Siehe für einen Überblick zum Schlussfolgern im Kontext der empirischen Sozialforschung R. Diaz-Bone, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 87 (88 ff.).

umgekehrt – ob mit oder ohne rechtliche Beratung – für eine alternative Regelung entschieden haben, müsste man, um eine sinnvolle Aussage über mehrheitliche Präferenzen treffen zu können, hinreichend ähnliche Alternativen in Gruppen zusammenfassen und die mit einer solchen Kategorisierung⁷⁹ verbundenen interpretatorischen Unschärfen⁸⁰ in Kauf nehmen. Letztlich könnte man demnach immerhin hinsichtlich der Alternativen zum dispositiven Recht gewisse mehrheitliche Präferenzen feststellen. Mit ihren Präferenzen gänzlich unberücksichtigt blieben freilich alle an sich am Abschluss eines Personengesellschaftsvertrages interessierten Personen, die – aus welchen Gründen auch immer – (noch) keinen solchen Vertrag abgeschlossen haben.⁸¹

2. Interview⁸²

Da Personengesellschaften, darunter vor allem GbRs, so viele mögliche Zwecke haben können, müsste man wohl quasi jedermann zu den am Abschluss eines Personengesellschaftsvertrages Interessierten zählen. Um Daten bei der allgemeinen Bevölkerung zu erheben, ist als Methode das Interview besonders geeignet.⁸³ Befragen kann man nämlich selbstverständlich nicht nur Experten,⁸⁴ sondern jedermann. Dabei können auch die an jedermann gerichteten Fragebögen⁸⁵ in unterschiedlichen Nuancen offen bzw. strukturiert gestaltet werden.⁸⁶ Zu den Fragen jeweils feste Antwortmöglichkeiten vorzugeben, hat den Vorteil, dass man die mehrheitlich bevorzugte Option in der Regel leicht ermitteln kann. Dem steht aber der Nachteil gegenüber, dass man möglicherweise die wahren Präferenzen

79 Siehe nur zur Kategorienbildung auch *Kromrey/Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung (Fn. 75), S. 309 ff.; *C. Züll/N. Menold*, Offene Fragen, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 1127 (1130 f.).

80 Vgl. *Kromrey/Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung (Fn. 75), S. 376.

81 Siehe dazu auch bereits unter C. II. 1.

82 Siehe für einen Überblick dazu *J. Reinecke*, Grundlagen der standardisierten Befragung, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 949 (949 ff.).

83 Vgl. *Diekmann*, Empirische Sozialforschung (Fn. 53), S. 435.

84 Siehe dazu auch bereits unter D. II. 1.

85 Siehe für einen Überblick zur Fragebogenerstellung *J. Fietz/J. Friedrichs*, Gesamtgestaltung des Fragebogens, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 1081 (1081 ff.).

86 Vgl. *Diekmann*, Empirische Sozialforschung (Fn. 53), S. 437 f.

nicht erfährt, weil sie nicht zur Auswahl gestellt worden sind. Umgekehrt lassen gänzlich offene Fragen die jeweiligen Präferenzen vollständig abbildende Antworten zu. Mehrheitspräferenzen kann man aus solchen Antworten freilich nur ableiten, wenn man wiederum Kategorien bildet und die Antworten entsprechend zuordnet. Zu berücksichtigen wäre bei der Fragebogenerstellung außerdem, dass die Präferenzen, je nach gemeinsamem Zweck, unterschiedlich sein können. Der Fragebogen müsste mithin die gesamte Bandbreite von gemeinsamen Zwecken erfassen und jeweils die Präferenzen abfragen. All diese Konstellationen müssten schließlich auch noch so beschrieben werden, dass sich jedermann in sie hineindenken und Präferenzen äußern könnte. Selbst die beste Beschreibung würde jedoch nichts nützen bei Konstellationen, die von der Lebensrealität der Allgemeinbevölkerung so weit entfernt sind, dass sich viele Menschen schon deshalb von vornherein nicht in sie hineindenken können.⁸⁷ Dass alle Konstellationen vollständig erfasst werden, ist sogar allenfalls von Juristen zu erwarten. Es wäre dennoch nicht sinnvoll, ausschließlich Juristen zu befragen, weil Juristen im Mittel nicht die gleichen Präferenzen haben dürften wie ein Bevölkerungsquerschnitt.

3. Experiment⁸⁸

Es gibt grundsätzlich noch eine Möglichkeit herauszufinden, welche Präferenzen jemand hat, selbst wenn er sich in der betreffenden Situation (noch) nicht befunden hat und sich auch nicht ohne weiteres in sie hineindenken kann: Man muss die Person im Labor in eine entsprechende Situation bringen, ihr Verhalten beobachten und daraus ihre Präferenzen ableiten, mithin ein Experiment durchführen.⁸⁹ Freilich lassen sich nicht alle Situationen gleichermaßen gut künstlich erzeugen und mitunter verhalten sich

87 Siehe für einen Überblick zu möglichen Problemen im Antwortprozess A. Barth, Kognitive Strukturen bei der Beantwortung von Fragen, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 977 (977 ff.).

88 Siehe für einen Überblick dazu S. Eifler/H. Leitgöb, Experiment, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 225 (225 ff.).

89 Klassischerweise werden Experimente in den Sozialwissenschaften freilich durchgeführt, um Ursache-Wirkungs-Beziehungen zu erforschen; vgl. Eifler/Leitgöb, Experiment (Fn. 88), S. 225 (228 ff.). Entsprechend müsste man für die hier vorgeschlagene Versuchsanordnung – um ganz genau zu sein – wohl auf den Begriff „Quasi-Experiment“ ausweichen; siehe für einen Überblick zum Quasi-Experiment Diekmann,

Personen auch anders, wenn sie beobachtet werden, als wenn sie nicht beobachtet würden. Vor allem aber ist dieses Verfahren sehr aufwendig und deshalb besonders teuer. Entsprechend könnten für ein so umfängliches Vorhaben wie die Personengesellschaftsrechtsmodernisierung realistischere allenfalls zu den Kernproblemen Situationen mit hinreichend vielen Probanden durchgespielt werden.

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis hätte der Gesetzgeber für das MoPeG (jedenfalls) die Mehrheitsinteressen (wohl) nicht mit vertretbarem Aufwand und damit auch vertretbaren Kosten (vollständig) empirisch ermitteln können. Das spielt für das MoPeG aber letztlich keine Rolle, weil der Gesetzgeber das Personengesellschaftsrecht ohnehin nicht zwingend den tatsächlichen Mehrheitsinteressen entsprechend umgestalten wollte. Für seine Personengesellschaftsrechtsmodernisierung hat der Gesetzgeber vielmehr – normativ – wirtschaftliche Interessen für maßgeblich erklärt und doch zusätzlich auch – empirisch – eruiert, dass dies tatsächlich die Interessen einer zumindest nicht zu vernachlässigenden Gruppe von (potenziellen) Personengesellschaftern sind. Entsprechendes haben dem Gesetzgeber nämlich im Personengesellschaftsrecht tätige Experten bestätigt. Unabhängig davon, welchen Ansatz der Gesetzgeber wählt, um dispositives Recht zu setzen, können ihm jedenfalls die Methoden der empirischen Sozialforschung dabei helfen, das dispositive Recht den jeweiligen Maßgaben entsprechend möglichst gut auszugestalten. So kann der Gesetzgeber das jeweils bestmögliche dispositive Recht setzen, wenn er sich nur mit Bedacht am gut gefüllten Methodenkoffer der empirischen Sozialforschung bedient.

E. Zusammenfassende Thesen

1. Der Gesetzgeber stellt mit seinem dispositiven Recht eine rechtliche Infrastruktur bereit. In einer idealen Welt würde der Gesetzgeber so viele Rechtsinstitute schaffen, dass er allen legitimen Parteiinteressen gerecht würde. In der realen Welt kann das freilich kein Gesetzgeber leisten.

Empirische Sozialforschung (Fn. 53), S. 356 ff.; Kromrey/Roose/Strübing, Empirische Sozialforschung (Fn. 75), S. 89 f.

2. Wenn der Gesetzgeber schon nicht allen legitimen Interessen gerecht werden kann, dann ist naheliegend, dass er wenigstens den jeweiligen Mehrheitsinteressen gerecht werden sollte. Sinnvollerweise wären das die mehrheitlichen Interessen aller an dem jeweiligen Rechtsinstitut grundsätzlich Interessierten.
3. Es kann aber auch Gründe geben, nicht unmittelbar ein quantitatives, sondern zunächst ein qualitatives Kriterium anzulegen. So sind etwa nicht alle Parteien gleichermaßen auf staatlich gesetztes dispositives Recht angewiesen, soweit mit Vertragsmustern auch eine privat entwickelte rechtliche Infrastruktur existiert.
4. Um tatsächlich bestimmten Parteiinteressen gerecht zu werden, müsste der Gesetzgeber die jeweiligen Interessen empirisch ermitteln. Theoretisch lassen sich mit den Methoden der empirischen Sozialforschung alle möglichen Interessen ermitteln. Praktisch können die erforderlichen Daten aber nicht immer mit vertretbarem Aufwand erhoben und/oder ausgewertet werden.
5. Im Übrigen kann der Gesetzgeber für sein dispositives Recht einen normativen Maßstab setzen und dafür eine Parteiperspektive oder wenigstens im Grundsatz auch eine von den Parteien unabhängige Perspektive einnehmen. In jedem Fall sollte er aber die seiner Maßstabsbildung zugrunde liegenden Annahmen mit den Mitteln der empirischen Sozialforschung überprüfen. Dies sollte regelmäßig eher mit vertretbarem Aufwand möglich sein.
6. Soweit sich der Gesetzgeber an – tatsächlichen oder hypothetischen – Parteiinteressen orientieren will, muss er sich auch noch entscheiden, inwieweit sein dispositives Recht den jeweiligen Parteiinteressen entsprechen und inwieweit es ihnen – zumindest auf den ersten Blick – widersprechen soll.
7. Für das MoPeG hat sich der Gesetzgeber an hypothetischen Parteiinteressen orientiert und die seiner Maßstabsbildung zugrunde liegenden Annahmen auch durch Experteninterviews empirisch überprüft. Er hätte nur nicht suggerieren sollen, das Recht an tatsächliche (Mehrheits-)Interessen angepasst zu haben. Tatsächliche Interessen hätte er im personengesellschaftsrechtlichen Kontext ohnehin kaum mit vertretbarem Aufwand ermitteln können.

Die neue Rechtskultur der (privaten) Prozeduralisierung

Helena Kowalewska Jahromi¹

Wer die Brille der Rechtskultur aufsetzt und dadurch Entwicklungen einerseits in der Gesellschaft und andererseits im Recht betrachtet, nutzt Ergebnisse der empirischen Rechtstatsachenforschung² um den Einfluss der gesellschaftlichen Entwicklungen auf das Recht zu errahnen³ – oder auch den Einfluss des Rechts auf gesellschaftliche Entwicklungen.⁴ Der vorliegende Beitrag nimmt dabei eine evolutionäre, entwicklungstheoretische Perspektive ein, indem er eine Entwicklung in der Gesellschaft nachzeichnen will:⁵ Was macht die gegenwärtige Rechtskultur im deutschen Zivilrecht aus und wie haben gesellschaftliche, wirtschaftliche und insbesondere technische Entwicklungen diese beeinflusst? Wie hat sich insbesondere der massive Gebrauch von Internet und Online-Plattformen auf die Rechtskultur ausgewirkt?

Die vorliegende Untersuchung baut dabei zu großen Teilen auf der vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebenen Untersuchung zu den „Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“ in den Jahren 2005 – 2019 auf, zu der ein Abschlussbericht im April

1 LL.M., M.A.

2 Zur Rolle der empirischen Rechtstatsachenforschung und Berichtsforschung vgl. K. F. Röhl, Rechtssoziologie-online, § 11 IV, V abrufbar unter <https://rechtssoziologie-online.de/kapitel-2/%c2%a7-11schulen-der-soziologischen-jurisprudenz/> (zuletzt abgerufen am 18.09.2023); T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, Tübingen 2013, S. 15; vgl. Auch S. Machura, Die Aufgabe(n) der Rechtssoziologie, ZfRSoz 2001, 293, (294) m.w.N.

3 Vgl. dazu L. M. Friedman, Transformations in American Legal Culture, ZfRSoz 1985, 191, (191 f.): „Social change leads to legal change, but by means of legal culture.“

4 E. Blankenburg, Indikatorenvergleich der Rechtskulturen in der Bundesrepublik und den Niederlanden, ZfRSoz 1985, 255, (256 ff.) mit Betonung der Wechselwirkung von Recht mit Einstellung dazu und Verhalten.

5 Einen ähnlichen Ansatz verfolgt H. Rottluthner, Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland – Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen, ZfRSoz 1985, 206, (207).

2023 veröffentlicht wurde.⁶ Anknüpfungspunkt ist daher der Ausdruck der Rechtskultur in der Mobilisierung des Rechts durch die Bevölkerung. Die vorliegende Betrachtung orientiert sich am Zeitraum der Studie des BMJ, greift in Bezug auf die Umstände, die eine Änderung der Rechtskultur und damit auch den Rückgang der Klageeingangszahlen beeinflusst haben könnten, aber auf früher beginnende Entwicklungen zurück. Besonderes Augenmerk wird auf private Methoden der Streitbeilegung gelegt, die mit den Möglichkeiten des online-Handels und sozialer Netzwerke in der Form plattforminterner Beschwerdemechanismen neue Wege zur Durchsetzung von Rechten bieten. Da diese typischerweise im Verhältnis B2C eingesetzt werden, bewegt sich die Untersuchung häufig im Verbraucherrecht. Beschränkt wird die Untersuchung damit auf den Bereich des Zivilrechts, der Bereich des Handels- und Wirtschaftsrechts wird mit Blick insbesondere auf das Urheberrecht gestreift. Arbeits- und Sozialrecht werden ausgeklammert, ebenso das Zivilverfahrensrecht, FamFG und Berufsrecht.

I. Rechtstatsächliche Grundlagen

Bevor mit der Analyse der empirischen Ergebnisse begonnen wird, sollen die rechtstatsächlichen Grundlagen zunächst dargestellt werden. Dabei soll nicht nur auf historische, wirtschaftliche und technische Umstände und Verhältnisse eingegangen werden, die das Recht beeinflusst haben könnten, sondern, um anschließend einen Zusammenhang herstellen zu können, auch auf die Entwicklung des Rechts im betrachteten Zeitraum.⁷

1. Tatsächliche Verhältnisse der Rechtswirklichkeit

Zunächst ist im Hinblick auf relevante tatsächliche Umstände der Anlass der vom BMJ im Jahr 2020 in Auftrag gegebenen Analyse zu nennen: seit fast 30 Jahren ist das Volumen an zivilgerichtlichen Verfahren stetig gefallen. Untersucht wurde in der Studie von *Meller-Hannich et al.* ein

6 C. Meller-Hannich/ A. Höland/ M. Nöhre, Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“ vom 21. April 2023.

7 Zur Entwicklung des Rechts als Teil der Rechtskultur vgl. *Blankenburg*, Indikatorenvergleich (Fn. 3), 255; *Rottleuthner*, Rechtsentwicklung (Fn. 4), 208 f.

Zeitraum von 14 Jahren, 2005 – 2019, teilweise flossen noch Daten aus den Jahren 2020 und 2021 ein.⁸ Während die Klagezahlen seit den 1970er Jahren zunächst deutlich anstiegen, ist seit Mitte der 1990er Jahre ein Rückgang zivilrechtlicher Verfahren zu beobachten, obwohl sich die Anzahl der Streitfälle nicht verringert hat.⁹

Zentral erscheint im betrachteten Zeitraum auch die Ausbreitung des Internets in den späten 1990er Jahren,¹⁰ wodurch analoge Dienstleistungen und Angebote allmählich in die digitale Sphäre überführt wurden.¹¹ Im Bereich der Rechtsdurchsetzung war eine Änderung zunächst auf dem Gebiet des Urheberrechts beobachtbar. Bei digitalisierten Werken ist kein Unterschied zwischen Original und Kopie erkennbar; das Internet lässt die anonyme Anfertigung und sofortige Verbreitung mit weltweiter Abrufbarkeit zu, sodass der traditionell nachlaufende gerichtliche Schutz wenig Hilfe gegen Rechtsverletzungen bietet.¹² Technische Schutzmaßnahmen wie Kopierschutz, Programmsperren und auch „Upload-Filter“ bewirken dagegen die ex-ante Verhinderung von Rechtsverletzungen. Durch den Umstand, dass in Online-Umgebungen technisch nur bestimmte Verhaltensmöglichkeiten vorgegeben sind, führte die Digitalisierung nicht nur im Bereich des Urheberrechts, sondern auch im allgemeinen Zivilrecht dazu, dass Streitfälle seltener eskalieren.¹³

8 Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 21.

9 Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 1, 56, 311 ff. in Bezug auf Klageeingangszahlen in Zivilsachen bei Amtsgerichten und Landgerichten; ein Einbruch an Klageeingangszahlen fand auch in den 50er Jahren statt, vgl. dazu die langfristige Übersicht mit Zahlen von Eingängen in Zivilsachen I. Instanz und Mahnverfahren (in Mio.) 1881–1983 bei Rottleuthner, Rechtsentwicklung (Fn. 4), 238 f.

10 B. van Eimeren/ H. Gerhard/ B. Frees, ARD/ZDF-Online-Studie 2002: Entwicklung der Onlinenutzung in Deutschland, abrufbar unter https://www.ard-media.de/fileadmin/user_upload/media-perspektiven/pdf/2002/08-2002_Online.pdf (zuletzt überprüft am 18.09.2023).

11 Siehe zu den Effekten dieser „disruptiven Technologie“ im Bereich der Rechtsdurchsetzung G. Wagner/ H. Eidenmüller, Digital Dispute Resolution, SSRN 2021 <https://ssrn.com/abstract=3871612>, 1 ff.

12 H. Askani, Private Rechtsdurchsetzung, Baden-Baden 2021, S. 135 ff.; A. Peukert in: U. Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl., München 2021, § 39 Rn. 1; J. Wimmers in: G. Schricker/ U. Loewenheim (Hrsg.), Urheberrechts-Kommentar, 6. Aufl., München 2020, UrhG § 97 Rn. 216, 225; L. Specht-Riemenschneider in: T. Dreier/ G. Schulze, Urheberrechts-Kommentar, 7. Aufl., München 2022, UrhG § 97 Rn. 58 ff.

13 E. Katsh/ J. Rifkin/ A. Gaitenby, E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of “eBay Law”, Ohio State Journal on Dispute Resolution 2000, 705, (725).

Verstärkt wurde der Effekt durch die Entwicklung hin zu einer Struktur der Plattformökonomie.¹⁴ eBay war bereits 1999¹⁵ in Deutschland verfügbar, Amazon im Jahre 1998, wobei eine Ausweitung auf andere Produkte als Bücher Anfang der 2000er Jahre erfolgte.¹⁶ YouTube startete in Deutschland 2005¹⁷ gefolgt von Facebook ab Ende 2008.¹⁸ Nach EU-Verbraucherbarometerergebnissen aus dem Jahr 2017 erledigten inzwischen immer mehr Verbraucher ihre Einkäufe online und häufiger bei Anbietern aus anderen EU-Ländern.¹⁹ Diese Verschiebung brachte neue Herausforderungen mit sich, darunter geografische Entfernung der Vertragspartner und teils unterschiedliche Sprachen und Rechtssysteme. Um komplizierte internationale Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, wird deshalb einerseits vermehrt das Entstehen von Konflikten präventiv durch den Einsatz von „Vorkasse als Zahlungsmethode“ und die „Durchführung von Bonitätsprüfungen“ verhindert, andererseits wird aufseiten der Unternehmen eine systematische Bearbeitung von Kundenbeschwerden eingesetzt.²⁰

Die Innovation einer rein online durchgeführten Streitbeilegung mit Plattformen in der Rolle eines streitentscheidenden Dritten zwischen Nutzern begann bereits früh im privaten Sektor.²¹ eBay führte im Jahr 1999

-
- 14 Siehe in der deutschen rechtswissenschaftlichen Diskussion z.B. *K. Tonner*, Verbraucherschutz in der Plattform-Ökonomie, *VuR* 2017, 161; *C. Busch*, Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie?, *GRUR* 2019, 788; *C. Busch/ G. Danemann/H. Schulte-Nölke*, Bausteine für ein europäisches Recht der Plattformökonomie, *MMR* 2020, 667; *R. Podszun/P. Bongartz/ A. Kirk*, Digital Markets Act – Neue Regeln für Fairness in der Plattformökonomie, *NJW* 2022, 3249.
- 15 eBay Pressemitteilung vom 07.07.2014, abrufbar unter <https://www.ebayinc.com/stories/press-room/de/ebay-feiert-15-jahre-in-deutschland/> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 16 Amazon Pressemitteilung vom 11.10.2018, abrufbar unter <https://www.aboutamazon.de/news/ueber-amazon/20-jahre-amazon-de-nach-7-306-tagen-ist-immer-noch-tag-1> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 17 23. April 2005 – Erstes Video auf Youtube veröffentlicht, *WDR 2* Stichtag vom 23.04.2020, abrufbar unter <https://www1.wdr.de/stichtag/stichtag-erstes-video-youtube-100.html> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 18 B. Buß, IfM Mediendatenbank zu Facebook, abrufbar unter <https://www.mediadb.eu/datenbanken/onlinekonzerne/facebook-inc.html> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 19 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Funktionsweise der nach der Verordnung (EU) Nr. 524/2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten eingerichteten Europäischen Plattform zur Online-Beilegung von Streitigkeiten vom 13.12.2017, COM(2017) 744 final, S. 1.
- 20 *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 135, 245.
- 21 Die folgende Auflistung von Plattformen und dort verfügbaren Streitschlichtungsmechanismen ist nicht abschließend, sondern beruht auf der Verfügbarkeit von Infor-

eine Vorstudie zur Streitbeilegung durch, bot seit 2000 einen „Treuhandservice“ für den Austausch von ersteigerten Waren an²² und führte 2002 das Tool SquareTrade zur online-Streitbeilegung ein.²³ PayPal als Service von eBay führte in Deutschland spätestens 2006 den Käuferschutzmechanismus ein²⁴ gefolgt von der Amazon A-Z Garantie im Jahr 2007.²⁵ Google bietet seit 2007 ein Tool zum Entfernen von Webseiten an,²⁶ YouTube führte im selben Jahr Content ID ein²⁷ und Facebook ein „Expanded Social Reporting Tool“ im Jahr 2011.²⁸ Die Plattform airbnb gibt es seit 2010 in Deutschland, bereits 2011 gab es eine „Airbnb Host Guarantee“ bei der Anträge auf Erstattung von Schäden online eingereicht werden konnten²⁹ und seit 2014 kann das „Airbnb Mediations Center“ zur Beilegung von Streitig-

mationen über die jeweiligen Webseiten; vgl. dazu auch *Wagner/ Eidenmüller*, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 3, 6.

- 22 Capture der Wayback Machine vom 15.08.2000, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20000815054332/http://pages.ebay.de/services/buyandsell/> (zuletzt überprüft am 18.09.2023); ab 2001 bestand darüber hinaus eine „Versicherung“ bis zur Summe von 400€, vgl. <https://web.archive.org/web/20010207201732/http://pages.ebay.de/services/buyandsell/> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 23 *Katsh/ Rifkin/ Gaitenby*, E-Commerce (Fn. 13), 705; in Deutschland war der Mechanismus unter dem Titel „eBay Käuferschutz“ spätestens im Dezember 2002 verfügbar, vgl. <https://web.archive.org/web/20021209035056/http://pages.ebay.de/services/buyandsell/> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 24 Capture der Wayback Machine vom 27.04.2006, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20060427214609/http://www.paypal.de/de> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 25 Abrufbar zum ersten Mal auf der Wayback Machine im Jahr 2007, vgl. <https://web.archive.org/web/20070715173538/http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=886414> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 26 Google Search Central Blog vom 24.04.2007, abrufbar unter <https://developers.google.com/search/blog/2007/04/requesting-removal-of-content-from-our?hl=de> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 27 Google Blog vom 15.10.2007, abrufbar unter <https://googleblog.blogspot.com/2007/10/latest-content-id-tool-for-youtube.html> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 28 Artikel der Rheinischen Post, „Mehr Sicherheit im Netzwerk. Facebook bietet neues Login-Prinzip“ vom 20.04.2011, abrufbar unter https://rp-online.de/digitales/internet/facebook-bietet-neues-login-prinzip_aid-13405731 (zuletzt überprüft am 18.09.2023); vgl. auch „The Facebook Blog“ von Arturo Bejar vom 19.04.2011, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20110421184407/http://blog.facebook.com/blog.php?post=10150153272607131> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).
- 29 Capture der Wayback Machine vom 26.09.2011, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20110926031510/http://www.airbnb.de/guarantee> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).

keiten zwischen Mietern und Vermiedern genutzt werden.³⁰ Die Entwicklung setzte sich fort, wobei der Meta Rights Manager 2016 eingeführt wurde³¹ und Etsy eine „Fall-Vermittlung“ bei „Problemen“ mit Bestellungen seit 2021 anbietet.³² Nicht verwunderlich ist es damit, dass die Studie des BMJ für den Untersuchungszeitraum feststellt, dass Verbraucher vermehrt alternative Wege zur Lösung ihrer Konflikte nutzten. Kulanzangebote und Käuferschutz, insbesondere als Service eines Dritten wie beispielsweise einer Plattform, seien in den letzten Jahren häufiger geworden.³³

2. Entwicklung des Rechts

So wie in der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung Maßnahmen zur Prävention Mechanismen zur Streitschlichtung vorangingen, wurden auch rechtlich zunächst technische Schutzmaßnahmen adressiert.

Beruhend auf ersten internationalen Regelungen³⁴ wurde in Deutschland mit § 95a UrhG im Jahr 2003 der rechtliche Schutz technischer Schutzmaßnahmen durch Umsetzung von Art. 6 InfoSoc-Richtlinie³⁵ eingeführt. Dem präventiven technischen Schutz vor Verletzungen des Urheberrechts dienen

30 Capture der Wayback Machine vom 24.11.2014, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20141124155436/https://www.airbnb.de/help/article/767> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).

31 Angabe auf der Website von Meta Rightsmanager im Zeitstrahl am 12.04.2016 „Offizieller Launch des Rights Managers“, abrufbar unter <https://rightsmanager.fb.com/de-de/#overview> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).

32 Capture der Wayback Machine vom 18.11.2021, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20211118151639/https://help.etsy.com/hc/de/articles/115013375668-Problem-mit-einer-Bestellung-melden?segment=shopping> (zuletzt überprüft am 18.09.2023).

33 Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 6, 92, 111, 312; L. F. Del Duca/ C. Rule/ K. Rimpfel, eBay's De Facto Low Value High Volume Resolution Process: Lessons and Best Practices for ODR Systems Designers, Yearbook on Arbitration & Mediation 2014, 204 (205) berichten, dass bereits 2014 allein mit dem eBay Resolution Center weltweit jährlich ca. 60 Millionen Streitigkeiten beigelegt wurden, mit steigender Tendenz.

34 Vgl. Art. II des „WIPO Copyright Treaty“ (WCT) und Art. 18 des „WIPO Performances and Phonograms Treaty“ (WPPT) vom Dezember 1996, jeweils in Kraft getreten im Frühjahr 2002. Deutschland ratifizierte beide Verträge am 19. 8. 2003; vgl. C. Arlt in: T. Hoeren/ U. Sieber/ B. Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 58. EL, München 2022, Teil 7.7, Rn. 15.

35 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

daneben auch „Upload-Filter“, deren Einsatz nach Art. 17 der DSM-Richtlinie³⁶ eine Voraussetzung zur Haftungsvermeidung für Plattformen ist. In Deutschland wurde die Regelung 2021 mit verschiedenen „safeguards“³⁷ zum Schutz der in den urheberrechtlichen Schranken konkretisierten Meinungsfreiheit umgesetzt. Im selben Jahr wurde auch Art. 16 Abs. 5 der Digitale Inhalte-Richtlinie³⁸ in § 327p BGB umgesetzt, in dem der Einsatz von Nutzungssperren im Fall der Beendigung eines Vertrags über digitale Produkte gem. § 327 Abs. 1 BGB geregelt ist.

Parallel wurde auch die außergerichtliche Streitbeilegung gesetzlich gestärkt. Insbesondere das Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung aus dem Jahr 2000 sollte dazu beitragen, die Belastung der Justiz zu reduzieren und gleichzeitig die Bürgerfreundlichkeit, Transparenz und Friedensfunktion des Rechtssystems zu fördern.³⁹ Die kontinuierliche Zunahme der Eingangszahlen bei den erstinstanzlichen Gerichten stand auch bei der Einführung des Mediationsgesetzes von 2012 im Vordergrund, welches zur Umsetzung der Richtlinie 2008/52/EG (Mediationsrichtlinie) diente.⁴⁰

Auf die Verlagerung von immer mehr Geschäftsfeldern ins Internet wurde 2001 reagiert mit der Einführung des Netzes für die außergerichtliche Streitbeilegung (European Extra-Judicial Network, EEJ-Net) zur grenzüberschreitenden außergerichtlichen Streitbeilegung auf europäischer Ebene.⁴¹ Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vereinfachung des grenzübergreifenden elektronischen Geschäftsverkehrs und zur Stärkung des Vertrauens der Verbraucher ins Online-Shopping wurde zur Umsetzung der Richtlinie 2013/11/EU über die alternative Beilegung verbraucherrecht-

36 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt.

37 Vgl. §§ 9 – 11 UrhDaG.

38 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

39 BT-Drs. 14/980, Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 1.

40 Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 1; mit Nachweis bestimmter Gesetzesinitiativen A. Höland/ C. Meller-Hannich, in: A. Höland/ C. Meller-Hannich (Hrsg.), Nichts zu klagen?, Baden-Baden 2016, S. 11.

41 EU-Kommission: Start des Pilotprojekts EEJ-Net für Verbraucherstreitigkeiten, beck-link 35165, Internetredaktion Verlag C.H.Beck, 17. Oktober 2001.

licher Streitigkeiten im Jahre 2015 das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz verabschiedet.⁴²

Private Beschwerdemechanismen wurden zunächst nur sehr bereichsspezifisch gesetzlich geregelt. Einen ersten Ansatz stellten die Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörde EIOPA zur Beschwerdebearbeitung durch Versicherungsunternehmen dar, die 2014 in Kraft trat.⁴³ Zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten⁴⁴ und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten⁴⁵ wurde 2016 die Verbraucherbeschwerde gem. § 111a EnWG geregelt, nach der Unternehmen der Energiewirtschaft Verbraucherbeschwerden innerhalb von vier Wochen zu beantworten haben und bei Ablehnung zu einer Begründung verpflichtet sind.⁴⁶ Während es sich hier jeweils um Streitigkeiten mit dem Unternehmen handelt, wurde mit dem 2017 in Kraft getretenen NetzDG auch der Bereich der Streitigkeiten von Nutzern untereinander adressiert. Zwar geht es auch hier vordringlich um Beschwerden gegen von der Plattform veranlasste Inhaltsblockierungen,⁴⁷ Blockierungen durch die Plattform beruhen allerdings regelmäßig auf Beschwerden anderer Nutzer.⁴⁸ Diese Art der Streitbeilegung unter Nutzern greifen auch § 14 UrhDaG⁴⁹ auf und Art. 16, 20 DSA⁵⁰ zum Beschwerdeverfahren von Online-Plattformen aus dem Jahr 2022. Mit Regelungen wie in Art. 11 P2B-VO⁵¹ zum internen Beschwerdemanage-

42 Bericht der Kommission über die Europäische Plattform zur Online-Beilegung von Streitigkeiten (Fn. 20), S. 1; *Wagner/ Eidenmüller*, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 23 f.

43 *N. Sasserath-Alberti/ R. Vogelgesang* in: T. Langheid/ M. Wandt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum VVG, Bd. III, 2. Auflage, München 2017, Teil 2, 1. Kapitel, Rn. 469 f.

44 Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten.

45 Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten.

46 Vgl. den Titel des Änderungsgesetzes im BGBl. 2016 Teil I Nr. 9 vom 25. Februar 2016, S. 254.

47 Vgl. § 3 b Abs. 1 S. 1 NetzDG.

48 Vgl. § 3 i.V.m. § 3 b Abs. 1 S. 1 NetzDG („Beschwerdeführer“ und „Nutzer, für der der beanstandete Inhalt gespeichert wurde“).

49 Zur Umsetzung der DSM-Richtlinie verabschiedet im Jahr 2021.

50 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste.

51 Verordnung (EU) Nr. 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten.

mentsystem (EU) für die Bearbeitung von Beschwerden gewerblicher Nutzer, der vorgeschriebenen Einrichtung von Kommunikationskanälen zur Beschwerdeeinreichung von Verbrauchern beim Unternehmen in der ProduktsicherheitsVO⁵² oder der Vorschrift eines „angemessenen internen Beschwerdeverfahrens“ in §§ 8 Abs.1 und 9 Abs.1 des seit 2023 geltenden LkSG⁵³ wird zuletzt zunehmend das Instrument der Regulierung von unternehmensinternen Beschwerdemechanismen verwendet.

II. Der Begriff der Rechtskultur

Die unterschiedlichen oben vorgestellten Rechtstatsachen können miteinander in Verbindung gebracht werden unter dem Aspekt der Rechtskultur, jeweils entweder in Form des Einflusses oder des Ausdrucks. Anders als eine rein strukturelle Analyse bietet die Perspektive der Rechtskultur einen zusätzlichen Erklärungsansatz für rechtstatsächliche Beobachtungen, der nicht nur technische und wirtschaftliche, sondern auch kulturelle und historische Entwicklungen berücksichtigt.⁵⁴ Die Herausforderung besteht dabei darin, den Begriff der Rechtskultur im konkreten Kontext zu präzisieren. Zu diesem Zweck soll im Folgenden zunächst der Begriff der Rechtskultur erläutert werden, um ihn sodann in ein Verhältnis zu privaten Rechtsdurchsetzung und zum Phänomen der Prozeduralisierung setzen zu können.

1. Begriffsklärung

Nach einer Definition von Lawrence M. Friedmann⁵⁵ beschreibt Rechtskultur allgemein das Verhältnis der Bevölkerung zum Recht. Umfasst sind damit Wertvorstellungen, die durch historische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Umstände bedingt werden und sich in Rechtsnormen und deren

52 Vgl. Art. 9 (11) VO (EU) 2023/988 für Produzenten sowie Art. 11 Abs. 9 für Einführer.

53 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten („Lieferkettengesetz“, „LkSG“).

54 L. M. Friedman, Legal Culture and Social Development, Law and Society Review 1969, 261 (272); Ein Beispiel dafür findet sich in der Analyse von Rottleuthner, Rechtsentwicklung (Fn. 4), 211 ff.

55 Friedman, Transformations (Fn. 2), 191.

Anwendung widerspiegeln.⁵⁶ Friedman unterscheidet dabei zwischen einer „internen“ Rechtskultur von Juristen und einer „externen“ Rechtskultur in der Bevölkerung, die zwei Seiten der Rechtskultur einer bestimmten Gruppe beschreiben.⁵⁷ Erhard Blankenburg⁵⁸ betont neben Einstellungen zum Recht und tatsächlichem Verhalten in der Bevölkerung den Anteil normativer und institutioneller Merkmale eines Rechtssystems. Insbesondere steht hier der Fokus des Begriffs Rechtskultur auf der Wechselwirkung der unterschiedlichen Aspekte miteinander.⁵⁹

Obwohl die beiden Ansätze zunächst recht unterschiedlich erscheinen, lässt sich bezüglich der Verbindung der unterschiedlichen Ausprägungen von Rechtskultur eine grundsätzliche Übereinstimmung feststellen.⁶⁰haltungen, Meinungen und sich daraus ergebende Handlungsentscheidungen sind zunächst sehr individuell. In ihrer Summe formen sie jedoch die herrschende Ansicht, und damit die Rechtskultur in einem bestimmten Kollektiv, das sich je nach der Auswahl der Mitglieder kleiner oder größer fassen lässt.⁶¹ Inwieweit der Einzelne aber im konkreten Fall vom Recht oder von seinen Institutionen Gebrauch macht, wird allerdings unter anderem auch von der Rechtskultur des Kollektivs beeinflusst, dem der- oder diejenige angehört.⁶² Einerseits sind damit auch Mitglieder des „internen“ Bereichs als Teile des Kollektivs nicht von diesem Einfluss frei, sodass sich die Rechtskultur auch darauf auswirken kann, welche Regelungsarten die Mitglieder des Bundestags oder der Regierung in Gesetzesvorschlägen einbringen oder wie und zu welchen Schritten ein Anwalt berät. Andererseits ist gerade die Gesetzgebung häufig eine Reaktion auf angenommene oder tat-

56 J. J. Märtens, Rechtskultur als Zugang zum Recht, ZDRW 2018, 349 (350).

57 L. M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York 1975, S. 223; dazu J.-C. Marschelke, Rechtskultur – Aspekte einer rechtssoziologischen Debatte, ZfKK 2015, 27 (30).

58 Blankenburg, Indikatorenvergleich (Fn. 3), 256 ff., insb. 258.

59 Überblicksartig in der Gegenüberstellung der Begriffsverständnisse von Friedman und Blankenburg Marschelke, Rechtskultur (Fn. 56), 27 ff.

60 Marschelke, Rechtskultur (Fn. 56), 34.

61 Friedman, Transformations (Fn. 2), 191; Marschelke, Rechtskultur (Fn. 56), 30.

62 Friedman, Transformations (Fn. 2), 191; F. K. Zemans, Framework for Analysis of Legal Mobilization: A Decision-Making Model, *American Bar Foundation Research Journal* 1982, (989, 1009); zur medialen Übermittlung von Rechtskultur und einer damit einhergehenden Beeinflussung des Einzelnen I. v. Münch, Rechtskultur, NJW 1993, 1673 (1674).

sächliche Einstellungen oder ein bestimmtes Verhalten der Bevölkerung.⁶³ Ausdruck einer Rechtskultur ist damit sowohl die Art der Rechtssetzung,⁶⁴ die der Rechtsanwendung und des Rechtsverständnisses durch Juristen als auch das Rechtsbewusstsein oder Rechtsgefühl der juristischen Laien.⁶⁵ Die beiden Teile der Rechtskultur sind nur miteinander und im Austausch denkbar,⁶⁶ im Folgenden betrachtet unter den Aspekten der Mobilisierung des Rechts und der Prozeduralisierung.

2. Rechtskultur und Mobilisierung des Rechts

Welche Faktoren die Entscheidung des Einzelnen über das ob und wie der Rechtsverfolgung beeinflussen, wird in der Rechtssoziologie bereits seit den 70er Jahren hauptsächlich unter dem Begriff „Mobilisierung von Recht“ thematisiert.⁶⁷ Widergespiegelt in Zahlen zivilrechtlicher Klagen oder zur Nutzung alternativer Streitbeilegungsmethoden ist die Mobilisierung des Rechts damit Ausdruck der Rechtskultur einer bestimmten Gruppe.

63 Vgl. nur die Gesetzesbegründung des Gesetzes zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung (2000) in BT-Drs. 14/980, S. 1; *Friedman*, Transformations (Fn. 2), 191 f: „Social change leads to legal change, but by means of legal culture.“

64 Zur Rechtssetzung durch Gesetzgeber und Rechtsprechung vgl. insoweit v. *Münch*, Rechtskultur (Fn. 61), 1673; in der Terminologie von *Friedman* die „output side“ der Rechtssystems gemeint ist, nämlich; „[...] laws themselves – the rules, doctrines, statutes, and decrees, to the extent they are actually used by the rulers and the ruled“ in *Friedman*, Legal Culture (Fn. 53), 266; siehe dazu *Marschelke*, Rechtskultur (Fn. 56), 31; in Bezug auf sprachliche Aspekte der Rechtssetzung als Teil der Rechtskultur siehe *T. Schilling*, Eine neue Rahmenstrategie für die Mehrsprachigkeit: Rechtskulturelle Aspekte, ZEuP 2007, 754 (754 f.).

65 v. *Münch*, Rechtskultur (Fn. 61), 1674.

66 In Bezug auf die Wirtschaftsform des Sozialstaats so auch *Friedman*, Transformations (Fn. 2), 195; im Ergebnis so auch *Marschelke*, Rechtskultur (Fn. 56), 34.

67 Mit dieser Terminologie zunächst *E. Blankenburg*, Mobilisierung von Recht, ZfRSoz 1980, 33; umfassend dargestellt in *ders.*, Mobilisierung des Rechts, Berlin/ Heidelberg 1995; Vorstellung als eigenes Forschungsgebiet bei *Raiser*, Grundlagen (Fn. 1), S. 322; *S. Baer*, Rechtssoziologie, Baden-Baden 2017, S. 219 ff; *G. Fuchs*, Rechtsmobilisierung. Rechte kennen, Rechte nutzen und Recht bekommen, in: C. Boulanger/ J. Rosenstock / T. Singelstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung – Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, 2019, S. 243ff.

a) Der rechtssoziologische Begriff der „Mobilisierung des Rechts“

Der Begriff Rechtsmobilisierung umfasst allgemein die Geltendmachung und die „Einforderung der Einhaltung“ von Recht⁶⁸ und untersucht nicht nur Hürden, die der Geltendmachung eines rechtlichen Anspruchs entgegenstehen könnten, sondern allgemein Faktoren, die die Geltendmachung von Recht durch Bürger beeinflussen können.⁶⁹ Einteilen lassen sich diese in wirtschaftliche, soziale und rechtliche Barrieren und in der Person wurzelnde Defizite beim Zugang zu Anwälten und Gerichten.⁷⁰ Wirtschaftliche Barrieren betreffen dabei die Kosten einer Rechtsverfolgung, rechtliche Barrieren umfassen sowohl unklare Gesetze als auch die Prozessunsicherheit, unkalkulierbare Verfahrensdauer oder Erschwerungen z.B. durch einen entfernten Gerichtsstand.⁷¹

Eines der sozialen Kriterien zur Rechtsmobilisierung ist auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe. Ob ein Problem in rechtlichen Begriffen gefasst wird oder ob Schritte zur Rechtsverfolgung in Angriff genommen werden, kann davon abhängen, wie häufig die konkrete Situation in der Referenzgruppe auftritt und wie üblicherweise damit umgegangen wird; nicht zuletzt auch, ob eine frühere Geltendmachung in einer vergleichbaren Situation bei anderen Gruppenmitgliedern zu Erfolg geführt hat oder ob gar eine gesellschaftliche Verpönung des Rechtswegs vorliegt.⁷² Hier kann geltendes Recht auch einen Bildungseffekt („educative effect“) haben insofern es als Informationsquelle darüber dient, welches

68 Insoweit nicht beschränkt auf das Zivilrecht, siehe B. Völzmann, Digitale Rechtsmobilisierung – Effektiver Rechtsschutz durch Legal Tech?, in: R. Greve/ B. Gwiasda/ T. Kemper / J. Moir/ S. Müller/ A. Schönberger/ S. Stöcker/ J. Wagner/ L. Wolff (Hrsg.), Der digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat, Baden-Baden 2020, 289 (306).

69 Blankenburg, Mobilisierung (Fn. 66), 36; Baer, Rechtssoziologie (Fn. 66), S. 119 ff.; Raiser, Grundlagen (Fn. 1), S. 322 ff.; in Abgrenzung zum „Access to Justice Movement“ vgl. Zemans, Framework (Fn. 61), 990.

70 Raiser, Grundlagen (Fn. 1), S. 322 f; Baer, Rechtssoziologie (Fn. 66), S. 227 ff.; ähnlich unterscheidet Zemans, Framework (Fn. 61), 1005 zwischen „normativen Faktoren“ (Inhalt des materiellen Rechts und soziale Normen), „persönlichen Eigenschaften“ (Rechtsbewusstsein und sozioökonomischer Status) und „Einschätzungsvariablen“ (antizipierter Erfolg und Kosten); a.A. in Bezug auf die Kategorisierung Völzmann, Digitale Rechtsmobilisierung (Fn. 67), 296.

71 Raiser, Grundlagen (Fn. 1), S. 322 f.

72 Zemans, Framework (Fn. 61), 1008 f. formuliert diese Kriterien als Hypothese ohne diese jedoch im Einzelnen weiter zu belegen; siehe dazu auch Raiser, Grundlagen (Fn. 1), S. 322 f.

Verhalten innerhalb der Referenzgruppe allgemein als korrekt bzw. „richtig“ gilt.⁷³ Materielles Recht kann insofern das Rechtsbewusstsein einer Person beeinflussen, indem das Recht als Bestätigung des individuellen Eindrucks dient, sich in einer bestimmten Situation – „zu Recht“ – geschädigt zu fühlen.⁷⁴

b) Verhältnis der Begriffe zueinander

Die vorherrschende Haltung in der sozialen Vergleichsgruppe kann auch als deren Rechtskultur beschrieben werden. Beeinflusst die Sozialisierung einer Person ihre Entscheidung, ob oder wie ein wahrgenommenes Problem gelöst werden kann, so ließe sich damit auch von einer Beeinflussung durch die gegenwärtige Rechtskultur sprechen.⁷⁵ An der Mobilisierung von Recht lässt sich damit zeigen, wie die Rechtskultur konkrete und individuelle Entscheidungen der Mitglieder der Gruppe beeinflussen kann.⁷⁶

Auch die Auswahl an institutionellen Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung bestimmt die Art und Weise wie in einer konkreten Gruppe Probleme gelöst werden und damit wie Recht durchgesetzt wird.⁷⁷ Eine sich im gesetzten Recht in Form von Prozessorganisation und Verfahrensrecht widerspiegelnde Rechtskultur beeinflusst die Mobilisierung von Recht damit auch praktisch.⁷⁸ Spiegelbildlich beeinflusst die Nachfrage nach institutioneller oder außergerichtlicher Rechtsdurchsetzung vonseiten der Bevölkerung auch das entsprechende Angebot.⁷⁹

73 Zemans, Framework (Fn. 61), 1006 f. (“it does play an educative role by which it informs the society of what has been authoritatively deemed to be appropriate behavior”); in Bezug auf die Statusänderung einer Gruppe durch Recht, die wiederum zu einer neuen Perspektive der Gruppe auf mögliche Rechtsmobilisierung führt siehe L. Abrego, Legitimacy, Social Identity, and the Mobilization of Law, Law & Social Inquiry 2008, 709 ff.

74 Zemans, Framework (Fn. 61), 1004, 1010 ff., 1014.

75 Zemans, Framework (Fn. 61), 1008 f.; mit den Begriffen Rechtsweg- oder Rechtsschutzkultur Mankowski, Rechtskultur, S. 74 ff.; Friedman, Legal Culture (Fn. 53), 34; ebenso Friedman, Transformations (Fn. 2), 191.

76 Friedman, Legal Culture (Fn. 53), 34.

77 P. Mankowski, Rechtskultur, Tübingen 2016, S. 76; Marschelke, Rechtskultur (Fn. 56), 32.

78 Blankenburg, Indikatorenvergleich (Fn. 3), 273; Marschelke, Rechtskultur (Fn. 56), 33.

79 Marschelke, Rechtskultur (Fn. 56), 32; vgl. auch die gesetzliche Regelung von außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen wegen einer hohen Zahl an Zivilstreitigkeiten, siehe Gesetzesbegründung des Gesetzes zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung (2000) in BT-Drs. 14/980, S. 1.

Änderungen in Maß oder Art der Lösung von Streitigkeiten in einer bestimmten Gruppe kann somit hindeuten auf eine Änderung der Rechtskultur in dieser Gruppe – möglicherweise bedingt durch historische, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Umstände.⁸⁰

3. Rechtskultur und Prozeduralisierung

Prozedurales Recht beschreibt eine Art der Regulierung, bei der nicht die Wertentscheidung, sondern das Verfahren zu deren Entstehen geregelt ist.⁸¹ Bei der Betrachtung prozeduralen Rechts unter dem Aspekt der Rechtskultur ist sowohl die Rechtssetzung als auch die Art der Rechtsanwendung oder auch der Nachfrage aus der Bevölkerung nach entsprechendem Recht von Interesse.

a) Der Begriff der Prozeduralisierung

Mit einer Tendenz zur Prozeduralisierung im Recht wird die Zunahme von verfahrensmäßigen oder organisatorischen Regelungsmechanismen beschrieben, typischerweise um als indirekte Form der Steuerung einen Umgang mit Unsicherheiten und Risiken zu finden.⁸² In Bezug auf die Digitalisierung wird der Begriff im Zivilrecht häufig als Regulierungsmethode im Kontext von Macht und Einflussmöglichkeiten von Intermediären genannt;⁸³ zuletzt wird so auch der Regelungsansatz des DSA beschrieben.⁸⁴

80 *Rottleuthner*, Rechtsentwicklung (Fn. 4), 234.

81 *G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999, S. 178.

82 *F. Hofmann*, Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärhaftung im Allgemeinen?, ZUM 2017, 102, 102; *T. Sheplyakova*, Prozeduralisierung des Rechts. Tema con Variazioni, in: T. Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, Tübingen 2018, S. 1, 2 ff.

83 *D. Wielsch*, Die Zugangsregeln der Intermediäre: Prozeduralisierung von Schutzrechten, GRUR 2011, 665; *Hofmann*, Prozeduralisierung (Fn. 81), 102; *M. Grünberger*, Prozeduralisierung im Urheberrecht – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.11.2019 -C48418 C-484/18 – Spedidam u. a./INA, ZUM 2020, 50; zu Regelungen des UrhDaG siehe *A. Bibi*, Die mutmaßlich erlaubte Nutzung der §§ 9 ff. UrhDaG, ZUM 2023, 88, 91; als „prozedurales Instrument“ wird die Regelung der §§ 9 ff. UrhDaG auch vom Gesetzgeber beschrieben, vgl. BT-Drs. 19/27426, S. 46.

84 *F. Hofmann* in: *F. Hofmann/ B. Raue* (Hrsg.), Kommentar zum Digital Services Act, Baden-Baden 2023, Vor Art. 4 Rn. 94.

Dabei bedeutet Prozeduralisierung zunächst vor allem die gesetzliche Regelung von Verfahrensvorschriften, die die Rationalität von Entscheidungen über Fragen materiellen Rechts fördern sollen.⁸⁵ Neben Vorschriften des formellen, also des prozessualen oder Verfahrensrechts sind damit aber auch Normen umfasst, die „durch Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensvorschriften die Anwendung und Entstehung primärer Normen“ regeln und damit Rationalität, Gerechtigkeit und Legitimation der durch sie ermöglichten Entscheidungen gewährleisten sollen.⁸⁶ Insbesondere zählen damit auch „Verfahrensnormen zur Regelung der Austragung von Konflikten (...) innerhalb von (privaten) Organisationen“ dazu.⁸⁷

b) Verhältnis der Begriffe zueinander

Eine bestimmte Art der Rechtssetzung wie die Einführung prozeduraler Normen ist zunächst Ausdruck einer bestimmten „internen“ Rechtskultur. Teil der „internen“ Rechtskultur ist darüber hinaus auch die Rechtsanwendung, also beispielsweise eine bestimmte anwaltliche Beratungspraxis bei der Vertragsgestaltung oder auch zur Rechtsdurchsetzung.⁸⁸ Auch hier kann ein Bezug zu Prozeduralisierung hergestellt werden, soweit Mandanten verstärkt zur Nutzung oder zum Angebot von präventiven Maßnahmen oder privaten Streitbeilegungsmechanismen beraten werden, was einerseits Ausdruck, andererseits Bestärkung einer entsprechenden Rechtskultur sein kann.

Nicht zuletzt kann eine Prozeduralisierung auch in der „externen“ Rechtskultur eine Rolle spielen, nicht nur durch Gebrauch und Nachfrage nach entsprechenden prozeduralen Normen, sondern auch, indem unabhängig vom gesetzten Recht eigene Verfahrens- oder Organisationsprozesse innerhalb privater Organisationen befolgt werden. Insbesondere, wenn dadurch Rechtsbeziehungen oder Konflikte zu Dritten in einer Art und Weise berührt werden, dass staatliche Verfahren dazu im Alternativverhältnis stehen, lässt sich hier von einer „privaten“ Prozeduralisierung sprechen.

85 Calliess, Prozedurales Recht (Fn. 80), S. 176.

86 Calliess, Prozedurales Recht (Fn. 80), S. 175, 177.

87 Rottleuthner, Rechtsentwicklung (Fn. 4), 227.

88 Friedman, The Legal System (Fn. 56), S. 247 ff. untersucht die „interne“ Rechtskultur der Juristen im Common Law System vordringlich in Bezug auf Richter.

III. Änderung der Rechtskultur

Auf eine Änderung der Haltung zum Recht in der Bevölkerung deutet zunächst der Rückgang der Zivilklagen hin, dafür spricht daneben auch die Zunahme privater Streitbeilegungsmechanismen und eine verstärkte Aktivität des Gesetzgebers in der Form von prozeduralen Regelungen. Alle drei Entwicklungen stehen miteinander in Wechselwirkung und beruhen insgesamt auf unterschiedlichen außerrechtlichen wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen, die zu einer Veränderung der Streitkultur vom rechtlich adressierten Konflikt hin zu einem präventiven Ansatz geführt haben, bzw. in Fällen in denen sich das Entstehen des Konflikts nicht vermeiden lässt, zu einem möglichst frühzeitigen, strukturierten und standardisierten Verfahren mit dem Ziel einer einverständlichen Lösung.⁸⁹

1. Änderung der externen Rechtskultur

Angestoßen wurde die Entwicklung im außerjuristischen, “externen” Bereich durch technische Innovationen. Dabei stellten Digitalisierung und die Verbreitung des Internets einerseits eine Herausforderung dar, auf die sich Unternehmen gezwungen sahen, zu reagieren.⁹⁰ Andererseits lag in dieser Entwicklung auch die Chance, Geschäfte für Unternehmen und Nutzer sicherer zu gestalten. Die eingeführten Präventions- und Streitbeilegungsmechanismen, mit denen Unternehmen auf die veränderten Umstände reagierten, waren dabei nicht neu: Weder die Vereinbarung von Leistung “gegen Vorkasse” noch die Nutzung unternehmensinterner strukturierter Streitbeilegungs- oder Beschwerdemechanismen wurde im Rahmen von Online-Geschäften erfunden. Der Umfang, in dem Geschäfte anonym und in erheblicher geographischer Distanz getätigt werden, stieg jedoch mit der Entwicklung hin zum Online-Shopping enorm und begünstigte durch die digitale Gestaltung von Verhaltensmöglichkeiten für Nutzer die Anwendung entsprechender Mechanismen.⁹¹

89 Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 5, 319 zu Konfliktvermeidungs- und -beilegungs-strategien in der Geschäftswelt; ähnlich auch M. Dudek, Rückgang der Fallzahlen – Änderung der Konfliktkultur, JZ 2020, 884 (887 ff.).

90 So beispielsweise im Zusammenhang mit dem durch Technik ermöglichten Umfang an Urheberrechts-verletzungen, s.o. unter I 1.

91 S.o. unter I 1.; Wagner/ Eidenmüller, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 20 f.; zur tatsächlichen Verbreitung und Nutzung von Vorkasse und internem Beschwerdema-

Insbesondere in der Gegenüberstellung von traditionell verfügbaren Methoden (außer)gerichtlicher Rechtsdurchsetzung mit plattforminternen Beschwerdemechanismen stellt sich die interne Lösung des Streits häufig als effektiver, einfacher, schneller und kostengünstiger dar. So erübrigt sich bei einem komplett online ablaufenden Mechanismus nicht nur der Gang zu Gericht oder auch nur zum Anwalt, der häufig mit sozialen und formalen Hürden verbunden ist.⁹² Es entstehen für die Nutzer auch keinerlei Kosten, die trotz der Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu beantragen, sonst häufig zumindest ein psychisches, wenn nicht rein wirtschaftliches Hindernis zur rechtlichen Adressierung eines Problems darstellen können.⁹³ Möglichkeit und Motivation zur Lösung von Konflikten von Gesetzesrecht Gebrauch zu machen, hängen nicht zuletzt auch von der individuellen Rechtskenntnis ab.⁹⁴ Unternehmensinterne Regelungen zur Streitschlichtung sind häufig weniger kompliziert als gesetzliche Vorschriften und werden typischerweise auf der Webseite des Anbieters möglichst verständlich erklärt. Aufgrund von fehlendem juristischem Wissen oder ungeklärten Rechtsfragen bestehende Rechtsunsicherheit wird damit im internen Streitbeilegungsmechanismus vermieden.⁹⁵ Nicht zuletzt führt ein unternehmensinternes online-Verfahren gerade im Vergleich der zuletzt weiter steigenden Dauer von gerichtlichen Verfahren deutlich schneller zu einem Ergebnis.⁹⁶ Letzteres ist zunächst durch den Umstand bedingt, dass Unternehmen typischerweise selbst beteiligt sind oder als Plattformen Zugriff auf konfliktgegenständliche Güter haben, sodass sie Ergebnisse der internen Streitbeilegung unmittelbar umsetzen können. Zu nennen sind an dieser Stelle beispielsweise die Verteilung des Kaufpreises mittels Käuferschutzmechanismen oder die

nagement siehe *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 319, 322; vgl. auch *Dudek*, Rückgang (Fn. 88), 888 f.

92 *R. Gaier*, Schlichtung, Schiedsgericht, staatliche Justiz – Drei Akteure in einem System institutioneller Rechtsverwirklichung, *NJW* 2016, 1367 (1368); *D. Rhode/ S. Cummings*, Access to Justice: Looking Back, Thinking Ahead, *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2017, 485 (490); *J. Basedow*, Rechtsdurchsetzung und Streitbeilegung, *JZ* 2018, 1 (8); empirische Daten dazu finden sich bei *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 106, 324.

93 Eine immer stärker als solche wahrgenommene Unwirtschaftlichkeit von Zivilprozessen wird festgestellt bei *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 308.

94 *Blankenburg*, Mobilisierung (Fn. 66), 48.

95 Zur fehlenden Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen als Unsicherheitsfaktor vgl. *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 18 f.

96 Zur steigenden Dauer von Gerichtsverfahren siehe *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 32 (Tabelle 5).

Löschung von beanstandeten Inhalten auf sozialen Netzwerken. Mobilisierungshindernisse, die für die gerichtliche Geltendmachung von Rechten bestehen, sind damit in privaten Streitbeilegungsmechanismen häufig deutlich geringer.

Zwar ist die Einrichtung und Unterhaltung eines internen Beschwerde- oder Streitschlichtungsmechanismus für Unternehmen ein zusätzlicher finanzieller und personeller Aufwand, insgesamt er rentiert sich aber langfristig.⁹⁷ Durch den standardisierten Ablauf online geschlossener Geschäfte können viele Konflikte bereits durch eine automatisierte Abfrage von Daten und daran anknüpfend automatisierte Folgen gelöst werden.⁹⁸ Vor allem sprechen für eine interne Konfliktlösung jedoch Überlegungen zu Kundenzufriedenheit und Kundenbindung.⁹⁹ Gerade Plattformen sind angewiesen auf eine möglichst große Anzahl von Nutzern, da ihr Angebot nur durch steigende Popularität attraktiver werden kann.¹⁰⁰ Durch die Allgegenwärtigkeit von sozialen Medien und Bewertungs-Plattformen ist die Gefahr negativer Publicity hoch. Die Relevanz von Kundenzufriedenheit sowie die Vermeidung von Konflikten wird dadurch weiter bestärkt.¹⁰¹ Nicht zuletzt sparen auch Unternehmen durch eine interne Streitbeilegung Anwalts- und Gerichtskosten.

Ein steigendes Angebot an Streitbeilegungsmechanismen durch Unternehmen sowie die häufige Bearbeitung von Beschwerden nach einem intern vorbestimmten Verfahren hat auch Einfluss auf die Erwartungshaltung von Nutzern bzw. Verbrauchern. Durch den Gewöhnungseffekt sind sie offener für entsprechendes Vorgehen und treten mit der Erwartung eines internen Verfahrens auch an Unternehmen heran, die bisher keine derar-

97 Zu diesem Ergebnis gelangen auch *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 4.

98 *Wagner/ Eidenmüller*, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 7; vgl. auch *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 4 f.

99 *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 4 f; *T. Deichsel*, Sachverhaltsfeststellung in der alternativen Streitbeilegung – Das Ende von Ungewissheiten durch den Einsatz von Legal Tech?, GVRZ 2021, 12 (Rn. 5); *Dudek*, Rückgang (Fn. 88), 887.

100 Zu Netzwerkeffekten vgl. *S. Uphues* in: Hoeren et al. (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht (Fn. 33), Teil 15.3, Rn. 9; BKartA Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken vom 09.06.2016, S. 9 ff. mwN.

101 *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 4 f; *Wagner/ Eidenmüller*, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 16; *Dudek*, Rückgang (Fn. 88), 887.

tigen internen Regelungen getroffen haben.¹⁰² Dabei wird weniger Wert darauf gelegt, dass die Entscheidung mit geltendem Recht übereinstimmt, wichtiger ist eine schnelle und einfache Konfliktlösung, bei der die eigenen Interessen zumindest teilweise befriedigt werden.¹⁰³ Häufiger geklagt wird nur in Fällen, in denen eine Situation oder eine vorgeschlagene Lösung als „ungerecht“ wahrgenommen wird.¹⁰⁴ *Meller-Hannich et al.* beobachten insoweit „verstärkte Konfliktverhinderungsstrategien bzw. eine generell abnehmende Neigung zur Austragung von Konflikten“.¹⁰⁵

Der Erfolg von Online-Streitbeilegungsmechanismen lässt sich darüber hinaus auch mit einer veränderten Einschätzung der eigenen Erfolgsaussichten von Konfliktparteien erklären. Informationsmöglichkeiten im Internet, gerade über die „basalen Wertungsentscheidungen“,¹⁰⁶ die in internen Streitbeilegungsmechanismen häufig angewendet werden, aber auch zum geltenden Recht, welches alternativ zur Konfliktlösung genutzt werden könnte, führen zu einer besseren Informationslage und damit zu einer größeren Bereitschaft, sich zu einigen.¹⁰⁷

Insgesamt hat sich damit im „externen“, nichtjuristischen Bereich der Umgang mit Konflikten verändert: Kunden erwarteten häufiger Kulanzangebote und sind anspruchsbewusster, Unternehmen setzen dagegen verstärkt auf Konfliktvermeidungsstrategien und die einvernehmliche, möglichst konfliktfreie Abwicklung von Streitfällen.¹⁰⁸

102 *Wagner/ Eidenmüller*, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 21; *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 324.

103 *Basedow*, Rechtsdurchsetzung (Fn. 91), 7 unterscheidet zwischen Streitbeilegung und Rechtsdurchsetzung nach dem Ziel, welches im Rahmen der Streitbeilegung nicht ein gerechtes Ergebnis ist, sondern eines, mit dem die Parteien leben können; *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 4 f., 20.

104 *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 97 f., 105 ff., vgl. auch dort Abb. 15.

105 *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 312 f.; ähnlich auch *Wagner/ Eidenmüller*, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 24 f., 29; *Dudek*, Rückgang (Fn. 88), 887 ff.

106 *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 19; *Deichsel*, Sachverhaltsfeststellung (Fn. 98), 12 (Rn. 13).

107 *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 102; zu fehlender Rechtskenntnis als Mobilisierungsschranke vgl. *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 66), S. 219; *Dudek*, Rückgang (Fn. 88), 888 zum Angebot an rechtlichen Informationen im Internet.

108 *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 127 f., 308; *Wagner/ Eidenmüller*, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 19.

2. Änderung der internen Rechtskultur

Änderungen im Bereich der Rechtssetzung und -anwendung sind zum großen Teil Reaktionen auf die zeitlich früher eintretenden Änderungen der „externen“ Rechtskultur. Teils setzen Gesetzgebung und Beratung aber auch eigene Impulse, die die Entwicklung beeinflussen.

Zu nennen ist hier vor allem die Stärkung von Mechanismen zur Alternativen Streitschlichtung durch den Gesetzgeber mit Gesetzen in den Jahren 2000, 2012 und 2016.¹⁰⁹ Zwar sind auch diese Gesetze Reaktionen auf rechtstatsächliche Entwicklungen,¹¹⁰ in einer eigenen Dynamik könnten sie allerdings auch die interne Rechtskultur beeinflusst haben. Trotz insgesamt steigender Zahlen werden die Möglichkeiten der Mediation und Schlichtung weiterhin nur in verhältnismäßig geringem Maße genutzt.¹¹¹ Allerdings wurden in der rechtswissenschaftlichen Diskussion teils große Veränderungen erwartet.¹¹² Niedergeschlagen haben könnte sich dies in der juristischen Ausbildung und in der Beratung.¹¹³ So raten Anwälte zunehmend zur außergerichtlichen Streitbeilegung, insbesondere beim Konflikt einer Privatperson mit einem Unternehmen.¹¹⁴

Die zunehmende gesetzliche Regulierung von unternehmensinternen Streitschlichtungsmechanismen erscheint zunächst als eine Reaktion auf die Entwicklung entsprechender Verfahren in der Privatwirtschaft. Der Ansatz der Prozeduralisierung, der damit vom Gesetzgeber aufgegriffen wird, beinhaltet darüber hinaus allerdings eine neue Umgangsweise mit der

109 Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung (2000); Mediationsgesetz (2012); Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (2016).

110 Hier ist insbesondere der Anstieg zivilrechtlicher Prozesse bis in die 1990er Jahre zu nennen, auf die der Gesetzgeber zur Entlastung der Zivilgerichtsbarkeit reagieren wollte (vgl. oben I 2).

111 Zur Ersetzung von gesetzlich geregelten ADR-Mechanismen durch private Streitbeilegungsangebote *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 15 f., 313 ff.

112 *H. Prütting*, Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?, *AnwBl* 2013, 401, (401 f.).

113 Eine gewandelte Rolle der Anwaltstätigkeit wird festgestellt bei *J. Hohmann*, Außergerichtliche Möglichkeiten der Streitbeilegung durch den Rechtsanwalt, *FPR* 2010, 437; mit der Forderung, dass sich dies auch in der Ausbildung widerspiegeln müsse *A. Voßkuhle*, Das Leitbild des „europäischen Juristen“ – Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland, *Rechtswissenschaft* 2010, 326 (335 f.); ebenso bereits *W. Fritzemeyer*, Die Bedeutung der „Soft Skills“ für die Juristenausbildung und die juristischen Berufe, *NJW* 2006, 2825.

114 *Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre*, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 100.

Komplexität aktueller technischer und gesellschaftlicher Herausforderungen.¹¹⁵ Während typischerweise technische Entwicklungen nur reaktiv und ex post reguliert werden können, wird hier ein Weg verfolgt, der anstatt einer Änderung der zugrundeliegenden Wertentscheidung den Fokus auf das Verfahren legt, mit dem die Entscheidung im Einzelfall gefunden und durchgesetzt werden kann.¹¹⁶ Während sich die politische Diskussion um die „Online-Kultur“ wegen der unterschiedlichen dabei zu berücksichtigenden Interessen, Auswirkungen und Unwägbarkeiten zukünftiger technischer Entwicklungen schwierig gestaltet,¹¹⁷ ist mit einer Prozeduralisierung ein Weg in Aussicht um mit mangelnder Vorhersehbarkeit und Risiken umzugehen.¹¹⁸ Die Idee, Private als „Gatekeeper“ in die Haftung zu nehmen, um Gesetzesrecht effektiver zur Geltung zu verhelfen, mag durch die vorhergehenden privaten Initiativen inspiriert worden sein, geht in ihrer Ausstrahlung aber deutlich darüber hinaus.

IV. Fazit

Die Entwicklung der Rechtskultur hin zu strukturierten Entscheidungen Privater wird in der Rechtswissenschaft kontrovers diskutiert und unterschiedlich bewertet. Die rechtswissenschaftliche Diskussion ist dabei Ausdruck der Frage, wie Rechtskultur und tatsächlicher Umgang der Bevölkerung mit dem Recht sich wechselseitig bedingen und ob bzw. wie eine bewusste Beeinflussung der Rechtskultur möglich ist.

1. Bewertung

Normativ lässt sich die Änderung der Rechtskultur hin zu einem prozeduralen Ansatz der Konfliktlösung sowohl positiv als auch negativ bewerten.

115 Sheplyakova, Prozeduralisierung des Rechts (Fn. 81), S. 1, 4; siehe dazu auch J. Paterson, Trans-Science, Trans-Law and Proceduralization, *Social & Legal Studies* 2003, 525.

116 Sheplyakova, Prozeduralisierung des Rechts (Fn. 81), S. 1, 3.

117 Vgl. z.B. nur die Diskussion um „Upload-Filter“, Reuter, Demos gegen Uploadfilter: Alle Zahlen, alle Städte, netzpolitik.org vom 23.03.2019, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2019/demos-gegen-uploadfilter-alle-zahlen-alle-staedte/>, (zuletzt abgerufen am 18.09.2023).

118 Zum prozeduralen Ansatz, Gatekeeper in die Haftung zu nehmen vgl. bereits Hofmann, Prozeduralisierung (Fn. 81), 102; zu prozeduralem Recht im Allgemeinen Calliess, Prozedurales Recht (Fn. 80), S. 176.

Vieles spricht dafür, die Entwicklung hin zu einer Privatisierung der Rechtsdurchsetzung oder auch des Rechts – soweit private gesetzte Regeln anstatt gesetzlicher Vorschriften angewendet werden – zu kritisieren. Empirische Untersuchungen weisen darauf hin, dass private Verfahren die gerichtliche Geltendmachung nicht nur ergänzen, sondern diese häufig ersetzen.¹¹⁹ Durch eine Verlagerung von Konfliktlösungen hin zu privaten Streitbeilegungsmechanismen weg von staatlichen Gerichten könne der Rechtsstaat relevante Konfliktfelder weder abbilden noch mithilfe des Rechts bearbeiten.¹²⁰ Mit der technischen Durchsetzung der eigenen Entscheidung sei darüber hinaus bei privaten Mechanismen auch der Grundsatz der Gewaltenteilung nicht gewahrt, was besonders dann relevant erscheint, wenn zumindest das Angebot einer entsprechenden privaten Streitbeilegung gesetzlich vorgeschrieben ist.¹²¹ Soll das private Verfahren ein gerichtliches ersetzen oder kommt es faktisch dazu, so erscheint darüber hinaus auch die mangelnde Neutralität der privaten Entscheider problematisch.¹²²

Ein positiver Aspekt der Entwicklung hin zu unternehmensintern standardisierter Streitschlichtung ist dagegen die Chance, dass mit dem mit geringeren formellen, zeitlichen und finanziellen Hürden verbundenen Verfahren auch eine erhebliche Anzahl von Konflikten gelöst werden kann, die sonst mangels ausreichender Motivation für eine rechtliche Geltendmachung ungelöst blieben. Insbesondere scheint dies relativ schwächeren Parteien wie Verbrauchern zugute zu kommen, was grundsätzlich begrüßenswert ist.¹²³ Auch wäre eine Lösung all dieser, teils einfach gelagerter Fälle durch zivilrechtliche Verfahren weder unter ökonomischen Gesichtspunkten effizient, noch unter dem Aspekt der drohenden Überlastung von Zivilgerichten wünschenswert.¹²⁴ Insgesamt verspricht eine strukturier-

119 Vgl. z.B. J. Schillmöller/ S. Doseva, „Chilling effects“ durch YouTube's Content ID?, MMR 2022, 181 (184); Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 319 f.; vgl. auch Wagner/ Eidenmüller, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 23.

120 Meller-Hannich/ Höland/ Nöhre, Abschlussbericht (Fn. 5), S. 1; Wagner/ Eidenmüller, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 30.

121 So zur Prozeduralisierung im Allgemeinen Sheplyakova, Prozeduralisierung des Rechts (Fn. 81), S. 1, 40.

122 Wagner/ Eidenmüller, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 22 f.; L. Specht-Riemenschneider in: T. Dreier/ G. Schulze, Urheberrechts-Kommentar, 7. Aufl., München 2022, UrhDaG § 16 Rn. 1, § 17 Rn. 1.

123 Wagner/ Eidenmüller, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 22.

124 Wagner/ Eidenmüller, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 23; vgl. Gesetzesbegründung des Gesetzes zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung (2000) in BT-Drs. 14/980, S. 5.

te Einbindung von privaten Akteuren in die Streitbeilegung daher eine gesteigerte Effizienz der Konfliktlösung verbunden mit einer hohen Akzeptanz bei den Betroffenen.¹²⁵ Für ein Angebot an zufriedenstellenden Lösungen sorgt auch die gute Informationslage der privaten Streitentscheider, zumal in unternehmensinternen Beschwerdemechanismen typischerweise das Verhalten der Nutzer mit vielfältigen Daten nachvollzogen werden kann.¹²⁶ Nicht zuletzt kann insgesamt positiv bewertet werden, dass der Gesetzgeber mit der Regulierung privat bereits bestehender Mechanismen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und Prozessgerechtigkeit auch in der privaten Streitbeilegung fördert.¹²⁷

2. Schlussfolgerungen

Betrachtet man die untersuchte Entwicklung aus der Perspektive einer Änderung der Rechtskultur, so stellt sich jedoch die Frage, inwieweit eine Bewertung der gegenwärtigen Situation zielführend ist. So ist die Änderung der Rechtskultur zunächst eine Beobachtung oder allenfalls eine Feststellung. Sie ist bedingt durch außerrechtliche Rechtstatsachen, also technische und gesellschaftliche Entwicklungen. Insbesondere im vorliegend betrachteten Aspekt der Rechtsdurchsetzung ist die Entwicklung gerade nicht durch Anreize aus dem „internen“ Bereich angestoßen worden, sondern nahm ihren Beginn im „externen“ Bereich. Was sich als Prozeduralisierung beschreiben lässt, also die Standardisierung von Verfahren zur Konfliktvermeidung und -lösung, erfolgt hier nicht nur intern, sondern auch durch Private, Nichtjuristen, Bürger außerhalb des Rechtskörpers: Ausdruck der Rechtskultur ist die Einrichtung und Nutzung privater unternehmensinterner Beschwerdemechanismen anstatt Gesetzesrechts oder rechtsstaatlicher Einrichtungen. Welche Bedeutung hat aber eine Bewertung der gegenwärtigen Rechtskultur und ihrer aktuellen Änderung für die Zukunft?

Sieht man in der Rechtskultur gerade das verbindende Element zwischen dem „internen“ juristischen und dem „externen“ nichtjuristischen Gebrauch des Rechts in der Bevölkerung, so ist die geltende Rechtsord-

125 Sheplyakova, Prozeduralisierung des Rechts (Fn. 81), S. 1, 17.

126 Wagner/ Eidenmüller, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 20 f.; s.o. III 1.

127 Als Vorschlag bei Wagner/ Eidenmüller, Digital Dispute Resolution (Fn. 11), 23; zum Wert des Verfahrens in der Entscheidungsfindung Prütting, Zivilprozess (Fn. 111), 405.

nung nicht nur Ausdruck, sondern auch Auslöser der aktuellen Rechtskultur.¹²⁸ Nach *Blankenburg* besteht die Rechtskultur einer Gesellschaft genau darin – in der Wechselwirkung von Verhalten der Bevölkerung und dem Rechtssystem.¹²⁹ Gesteht man dem Zivilrecht eine gesellschaftliche Steuerungswirkung zu,¹³⁰ so lassen sich nicht nur technische Entwicklungen durch Technikregulierung beeinflussen, sondern auch deren Einsatz und Nutzung durch die Bevölkerung. Die Beschäftigung mit der Entwicklung der aktuellen Rechtskultur, den Gründen dafür und Einflüssen darauf, schärft somit den Blick auf aktuelle gesellschaftliche Strömungen. Sie ermöglicht einen ganzheitlichen Blick auf das Recht, der es erlaubt, auf diesem Abstraktionsniveau auch Ziele für eine zukünftige Entwicklung zu formulieren und Einflüsse zu bestimmen, die sich regulativ steuern lassen.¹³¹ Die gesetzliche Regulierung unternehmensinterner Beschwerde- und Streitbeilegungsmechanismen ist aus dieser Sicht eine positive Entwicklung, greift sie doch gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklungen auf, ohne sich ihnen entgegenzustellen und passt sie zumindest ansatzweise an grundsätzliche rechtsstaatliche Werte an. Eine zunächst im außerjuristischen privaten Bereich angestoßene prozedurale Wendung ist damit sowohl in der „externen“ als auch der „internen“ Rechtskultur vollbracht.

128 Am Beispiel des Sozialstaats *Friedman*, Transformations (Fn. 2), 195; dazu *Marschelke*, Rechtskultur (Fn. 56), 33.

129 *Blankenburg*, Indikatorenvergleich (Fn. 3), 258; dazu *Marschelke*, Rechtskultur (Fn. 56), 34.

130 Siehe zur Regulierungsfunktion des Privatrechts z.B. umfassend *A. Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, Tübingen 2016.

131 *K. F. Röhl*, „Crossover Parsifal“, in: M. Cottier/J. Estermann/M. Wrase (Hgg.), Wie wirkt Recht?, Baden-Baden 2010, S. 91, 99.

Rechtsprechung als Auslöser von Wirtschaftskrisen!?

Berücksichtigung rückwirkender wirtschaftlicher Folgen im Rahmen der Entscheidungsfindung?

*Ulrich Ernst Palma**

I. Einleitung

Für Österreich ordnet § 12 ABGB an, dass die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtersthülen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urteile nie die Kraft eines Gesetzes haben, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden. Hiermit wollte der österreichische Gesetzgeber festhalten, dass die Aufgabe der Gerichte die Entscheidung von Einzelfällen ist und allgemein verbindliches Recht bloß durch den Gesetzgeber geschaffen werden kann. Man kann diese Bestimmung als frühen Ausdruck der Gewaltenteilung deuten, wenngleich sie aus der Perspektive des Jahres 1811 der Absicherung der Macht des Monarchen diene. Historisch lässt sich auch nachweisen, dass mit dieser Regelung der Rspr. ermöglicht werden sollte, frühere Ansichten zu korrigieren, sofern Notwendigkeit dazu bestünde.¹ Von der praktischen Bedeutung der (vor allem höchstgerichtlichen) Rspr. vermittelt diese Regelung dem unbefangenen Leser aber einen unzureichenden Eindruck. Hat die Rspr. einmal eine Rechtsansicht kundgetan, kann man regelmäßig erwarten, dass sie diese auch in zukünftigen Entscheidungen vertreten wird. Höchstgerichtliche Entscheidungen sind somit jedenfalls äußerst wichtige Rechtserkenntnisquellen, von vielen werden sie sogar als subsidiäre Rechtsquellen verstanden.²

Es macht für die Rechtspraxis auch wenig Unterschied, ob z.B. die Überwälzung von gewissen Vertragsabschlusskosten – man denke bspw. an Maklerkosten oder Rechtsgeschäftsgebühren – von einem auf den ande-

* Dr. iur.

1 G. Kodek in: P. Rummel/M. Lukas (Hrsg.), ABGB-Kommentar, 4. Aufl., Wien 2015, § 12 Rn. 1 ff. m. w. N..

2 F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991, S. 504 ff.; G. Kodek (Fn. 1), § 12 Rn. 21 m. w. N.; a.A. F. Kerschner/J. Kehrler in: A. Fenyves/F. Kerschner/A. Vonkilch (Hrsg.), ABGB-Kommentar, 3. Aufl., Wien 2014, § 12 Rn. 24.

ren Vertragspartner vom Gesetzgeber explizit verboten wird oder ob die höchstgerichtliche Rspr. eine solche Praxis bzw. Vertragsklausel als rechtswidrig qualifiziert. Auch wenn das Höchstgericht dann formal bloß eine Einzelfallentscheidung getroffen hat, wird dessen Ansicht spätestens, wenn zustimmende Folgeentscheidungen ergehen, in der Rechtspraxis gleich einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung aufgefasst.

Bemerkenswert ist i.d.Z. aber ein Aspekt. § 3 ABGB ordnet an, dass die Wirksamkeit eines Gesetzes und die daraus entspringenden rechtlichen Folgen gleich nach der Kundmachung ihren Anfang nehmen. § 5 ABGB ordnet an, dass Gesetze nicht zurückwirken und sie daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluss haben. Auch wenn die praktische Bedeutung von § 3 ABGB heute gering ist – ihm wurde weitgehend derogiert³ – und entgegen dem Anschein von § 5 ABGB Gesetze sehr wohl eine Rückwirkung aufweisen können,⁴ beschreiben die beiden Regelungen trotzdem den Standardfall: Gesetze wirken üblicherweise nicht zurück, sondern bloß ab ihrer ordentlichen Kundmachung.

Anders verhält es sich hingegen mit der Rspr.. Diese legt nämlich „nur“ bereits geltendes Recht aus. Weil die Rspr. aber bloß das geltende Recht auslegt, kommt es aus praktischer Sicht zu einer faktischen Rückwirkung.⁵ Um beim soeben dargestellten Bsp. zu bleiben: Verbietet der Gesetzgeber die Überwälzung von Vertragsabschlusskosten, wird dieses Verbot i.d.R. bloß pro futuro gelten. Erkennt jedoch die Rspr., dass ihre Überwälzung rechtswidrig – bspw. aufgrund gröblicher Benachteiligung gem. § 879 Abs. 3 ABGB – ist, so kommt dem aus praktischer Sicht Rückwirkung zu. Es sind somit auch in der Vergangenheit geschlossene Rechtsverhältnisse davon betroffen und aufgrund der Unwirksamkeit der Vertragsbestimmung können oftmals Rückforderungsansprüche zwischen den Parteien ent- bzw. bestehen.

In diesem Lichte erscheint es unzweifelhaft, dass höchstgerichtliche Entscheidungen gleichsam wie Gesetze massive wirtschaftliche Auswirkungen haben können. Aufgrund der dargestellten faktischen Rückwirkung vielleicht manchmal sogar noch größere als diese.

Bezüglich der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen soll an dieser Stelle klargestellt werden, dass damit im vorliegenden Beitrag vor allem solche

3 Vgl. M. Schauer in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-Onlinekommentar, 1.02 Aufl., Wien 2017, § 3 Rn. 1.

4 Vgl. Art 49 Abs. 1 S 2 B-VG.

5 Vgl. bloß U. Torggler, Die Kunst, Recht fortzubilden, in: U. Torggler (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen, Wien 2019, S. 47 (52).

gemeint sind, die ein potenziell systemrelevantes Ausmaß erreichen. Dies ist dadurch bedingt, dass die „normalen“ rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen systemimmanent und wohl allein schon aus diesem Grund nicht berücksichtigungswürdig sind. Eine Berücksichtigung von rückwirkenden Folgen erscheint deswegen erst überlegenswert, sobald diese eine gewisse Systemrelevanz aufweisen und damit über die unmittelbaren Beteiligten hinaus auch „öffentliche Interessen“ berühren können.

Insofern soll im Rahmen dieses Beitrags die Frage erörtert werden, ob solche rückwirkenden wirtschaftlichen Auswirkungen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden können. Genauer, ob deren Berücksichtigung allfällig bloß ein tatsächliches Phänomen ist, welches in der Rspr. mitunter angetroffen bzw. erahnt werden kann, oder ob dies auch methodisch *lege artis* wäre. Zu diesem Zweck soll zunächst unter Pkt. II dem tatsächlichen Phänomen nachgegangen werden. Im Anschluss daran finden sich unter Pkt. III methodische Überlegungen dazu aus österreichischer Sicht. In Pkt. IV soll geprüft werden, ob ein „rechtspolitischer“ Bedarf danach besteht.

II. Zugang des EuGH und nationale Beispielfälle

Im Rahmen dieses Abschnitts soll dem tatsächlichen Phänomen nachgegangen werden. Hierzu wird zunächst auf die Rspr. des EuGH eingegangen. Nachfolgend werden verschiedene nationale Beispiele dargestellt.

1. Zugang des EuGH

Ein Gericht, welches explizit gewillt ist, die wirtschaftlichen Folgen seiner Entscheidungen zumindest unter bestimmten Umständen zu berücksichtigen und abzufedern, ist der EuGH.

Derartiges wäre zunächst nach einer Nichtigkeitsklage gem Art 263 f. AEUV möglich, denn Art 264 Abs. 2 AEUV sieht vor, dass der Gerichtshof im Rahmen eines Nichtigkeitsurteils über eine Handlung – eine solche Handlung kann z.B.⁶ eine Verordnung sein – diejenigen Wirkungen der Handlung bezeichnen kann, deren Fortwirkung er für notwendig hält.

6 Zum Begriff der Handlung vgl. *H. P. Nehl* in: T. Jaeger/K. Stöger (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar*, 281. Lfg., Wien 2022, Art 263 AEUV Rn. 24.

Neben anderen Aspekten können auch wirtschaftliche Gesichtspunkte eine solche Fortgeltung rechtfertigen.⁷ Dies gleicht der Befugnis von nationalen Verfassungsgerichten, die bei der Prüfung, ob generelle Rechtsakte gegen höherrangiges Recht – z.B. Verfassungskonformität einfacher Gesetze – verstoßen, den rechtswidrigen Rechtsakt nicht zwingend ex tunc aufheben müssen.⁸

Doch auch im praktisch bedeutsameren Vorabentscheidungsverfahren kann der EuGH die Auswirkungen seiner Entscheidungen begrenzen. Grds. ist es so, dass die im Vorabentscheidungsverfahren getroffenen Auslegungsentscheidungen des EuGH darlegen, wie die jeweils gegenständliche Vorschrift des Unionsrechts seit ihrem Inkrafttreten richtig auszulegen war. Insofern wirken auch sie auf diesen Zeitpunkt zurück.⁹ Weil eine solche Rückwirkung aber enorme wirtschaftliche Auswirkungen haben kann, hat der EuGH eine Art Zeitzündentheorie entwickelt, durch die er die Wirkungen von Auslegungsentscheidungen zeitlich begrenzt.

Erstmalig genutzt bzw. gleichsam erfunden – eine positive Grundlage¹⁰ gibt es nämlich nicht – wurde dieses Instrument in der Entscheidung *Defrenne II*¹¹. Frau *Defrenne* war bei der belgischen Fluggesellschaft Sabena als Stewardess beschäftigt und erhielt für ihre Arbeit ein geringeres Entgelt als ihre männlichen Kollegen. Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob sie unmittelbar aus Art 119 EWGV – heute Art 157 AEUV, der verkürzt den Grundsatz gleicher Lohn für gleiche Arbeit normiert – Ansprüche gegen ihren Arbeitgeber ableiten könne. Dies wurde vom EuGH bejaht. Die Regierungen Irlands und des Vereinigten Königreichs äußerten jedoch Bedenken hinsichtlich der wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Entscheidung. Sie befürchteten, dass in zahlreichen Wirtschaftszweigen Ansprüche geltend gemacht würden und daraus ernsthafte finanzielle Konsequenzen für Unternehmen entstünden, die sogar einige von ihnen in den Konkurs treiben könnten. Der EuGH ging auf diese Bedenken ein. Er betonte zwar zunächst, dass bei allen gerichtlichen Entscheidungen die praktischen

7 Vgl. H. P. Nehl (Fn. 6), Art 264 AEUV Rn. 9.

8 In Österreich kann der VfGH dem Gesetzgeber sogar eine Reparaturfrist gewähren, vgl. Art 139, 140 B-VG. Eine rechtsvergleichende Übersicht i.d.Z. findet sich bei P. Ludewig, Die zeitliche Beschränkung der Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, Berlin 2012, S. 22 ff..

9 P. Ludewig, Beschränkung (Fn. 8), S. 179.

10 Zur Begründung dieses Instruments nutzt der EuGH verschiedene Ansätze, z.B. Analogie auf Art 264 Abs. 2 AEUV, vgl. P. Ludewig, Beschränkung (Fn. 8), S. 93 ff..

11 EuGH C-43/75 (*Defrenne II*).

Auswirkungen immer sorgfältig berücksichtigt werden müssten. Dennoch sollte dies aber nicht dazu führen, dass die Objektivität des Rechts beeinträchtigt oder seine zukünftige Anwendung verhindert werde, nur weil eine Entscheidung in der Vergangenheit gewisse Auswirkungen haben könnte. Gleichzeitig hielt der EuGH aber auch fest, dass im gegebenen Zusammenhang Betroffene aufgrund des Verhaltens mehrerer Mitgliedstaaten und der Haltung der Kommission veranlasst gewesen seien könnten, Praktiken beizubehalten, die zwar Art 119 EWGV widersprachen, nach ihrem nationalen Recht aber nicht verboten waren. Weil das Gesamtausmaß der relevanten Entgelte unbekannt war, urteilte der EuGH, dass zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit, die sich aus den verschiedenen öffentlichen und privaten Interessen ergeben würden, es grds. ausschlossen, die Entgelte für vergangene Zeiträume infrage zu stellen. Er verwehrte deswegen jenen, die noch keinen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt hatten, sich in Bezug auf Lohn- oder Gehaltsperioden, die vor dem Tag der Verkündung des Urteils lagen, auf die unmittelbare Wirkung von Art 119 EWGV zu berufen und daraus Ansprüche abzuleiten.

Die Möglichkeit, die zeitlichen Wirkungen einer Entscheidung zu beschränken, ist heute stRsp des EuGH. Gleichsam wird dieses Instrument aber äußerst selten angewendet. Überhaupt beantragt bzw. angeregt wurde eine solche Beschränkung seit der Entscheidung *Defrenne II* im Jahr 1976 nur in ca. 100 Verfahren. Tatsächlich ausgesprochen wurde sie in gerade einmal neun Fällen.¹² In Anbetracht des Umstandes, dass allein im Jahr 2022 564 Vorabentscheidungsverfahren¹³ entschieden wurden, zeigt sich der absolute Ausnahmecharakter dieses Instruments.

Damit eine solche Beschränkung ausgesprochen werden kann, verlangt der EuGH zwei Voraussetzungen, die schon in der Ursprungsentscheidung *Defrenne II* grob angelegt waren.¹⁴ Erstens muss eine objektive und bedeutende Unsicherheit hinsichtlich der Auslegung der Gemeinschaftsbestimmung vorliegen, zu der gegebenenfalls auch das Verhalten der Mitgliedstaaten oder der Kommission beigetragen hatte. Zweitens muss die Gefahr

12 Vgl. dazu auch *D. Düsterhaus*, Zwischen Rechts- und Vertrauensschutz: Die zeitlichen Wirkungen von Auslegungsurteilen des EuGH nach Artikel 267 AEUV, EuR 2017, 30 (37, Fn. 53).

13 EuGH, Jahresbericht 2022 29.

14 Die vom EuGH verwendete Formulierung hat sich aber über die Jahre gewandelt, vgl. zu diesen *D. Düsterhaus*, Wirkungen (Fn. 12), 38.

schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen¹⁵ bestehen, welche sich insb. auch aus der großen Zahl von betroffenen Rechtsverhältnissen ergeben können.¹⁶ Bemerkenswert ist, dass der EuGH die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen inzwischen deutlich verschärft hat. Während in *Defrenne II* gerade die Unbekanntheit des Ausmaßes der wirtschaftlichen Folgen ausschlaggebend war, verlangt er mittlerweile meist, dass diese substantiiert werden müssen.¹⁷ Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Fehlt eine, gesteht der EuGH eine zeitliche Begrenzung der Wirkungen nicht zu.¹⁸

Neben der zeitlichen Beschränkung der Urteilswirkungen gibt es noch einen weiteren Ansatz des EuGH, der hier der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist. In mehreren Entscheidungen hat der EuGH die Möglichkeit zeitlich begrenzter Ausnahmen vom Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrecht in „Notstandssituationen“ anerkannt. Die offene Ausnahme vom Vorranggrundsatz unterscheidet sich von der zuvor dargestellten zeitlichen Beschränkung der Wirkung in verschiedener Hinsicht. So bezieht sich erstere nur auf einen bestimmten Mitgliedstaat und dessen konkrete Situation, während die letztere unionsweit gleichermaßen gilt. Ursprünglich entwickelt wurde sie im Hinblick auf den Umweltschutz. Mittlerweile fand sie aber auch Anwendung, um die Energieversorgung eines Mitgliedstaates sicherzustellen.¹⁹ Ob diese zukünftig auch zur Abwendung von systemgefährdenden wirtschaftlichen Folgen Anwendung finden könnte, bleibt abzuwarten, denn die genauen Konturen dieser Figur befinden sich in Entwicklung.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der EuGH in mehreren Entscheidungen angesprochen hat, dass die wirtschaftlichen Konsequenzen einer Entscheidung bei der Entscheidungsfindung in engen Grenzen zu beachten sind. Zu diesem Zwecke hat er verfahrensrechtliche Instrumente wie die Beschränkung der Rückwirkung von Vorabentscheidungen entwickelt.

Als letzter Aspekt, der auch als Überleitung zu den nationalen Fällen betrachtet werden kann, sei erwähnt, dass die zeitliche Beschränkung der

15 Was „schwerwiegend“ genau bedeutet, wurde vom EuGH aber noch nicht exakt quantifiziert, vgl. *P. Ludewig*, Beschränkung (Fn. 8), S. 116 ff.

16 Vgl. bspw. EuGH C-724/17 (*Skanska*).

17 Vgl. die Nw. zur nicht ganz einheitlichen Handhabung bei *P. Ludewig*, Beschränkung (Fn. 8), S. 148 ff..

18 *P. Ludewig*, Beschränkung (Fn. 8), S. 146.

19 Näher dazu *J. Gundel*, Die Zulassung zeitlich begrenzter Notfallausnahmen vom Vorrang des Unionsrechts durch den EuGH, EuZW 2020, 890.

Wirkung des Unionsrechts bloß vom EuGH, nicht jedoch von nationalen Gerichten ausgesprochen werden kann. Dies urteilte der EuGH bspw. in *Gutiérrez Naranjo*.²⁰ Inhaltlich ging es bei dieser Entscheidung darum, dass das spanische Tribunal Supremo (i.d.F. TS) in einem Verbandsverfahren²¹ die Ansicht vertrat, dass die Vereinbarung einer Mindestzinsklausel in Hypothekarkreditverträgen mit Verbrauchern zwar unwirksam sei, diese Unwirksamkeit jedoch bloß ab Verkündigung dieses Verbandsurteils gelten sollte, also bloß ex nunc. Entsprechend dieser Ansicht gewährte das TS auch in Individualverfahren²² Kreditnehmern bloß Rückzahlungsansprüche für zu viel bezahlte Zinsen, die nach diesem Zeitpunkt lagen. Eine explizite gesetzliche Grundlage für diese ex-nunc-Wirkung gab es im spanischen Recht nicht.²³ Das TS orientierte sich aber unter anderem explizit an der soeben dargestellten Judikaturlinie des EuGH. Insb. wurde zur Begründung vom TS festgehalten, dass bekannt sei, dass eine Rückwirkung des Urteils die Gefahr einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Wirtschaftsordnung mit sich bringe.²⁴ Mehrere Untergerichte erachteten diese Vorgangsweise aber als europarechtswidrig und stellten deswegen Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH. Das Provinzgericht Alicante²⁵ zweifelte überdies daran, ob die Rückwirkung tatsächlich die Gefahr einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Wirtschaftsordnung mit sich bringen würde, denn das TS bezifferte dies in seiner Entscheidung nämlich nicht näher, sondern bezeichnete dies bloß als bekannt. Der EuGH bestätigte die Ansicht der Untergerichte und sprach aus, dass die Vorgangsweise des TS Art. 6 Abs. 1 RL 93/13/EWG widerspreche. Bemerkenswert ist, dass GA Mengozzi in seinem Schlussantrag die Vorgangsweise des TS für zulässig erachtete.

2. Spanische Stempelsteuer

Auch das nächste Bsp. behandelt spanische Hypothekarkredite bzw. genauer die Ereignisse im Jahr 2018 rund um die Frage, wer bei diesen die „Stempelsteuer“ („Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados“) zu zah-

20 EuGH C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo*).

21 TS STS 1916/2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916).

22 TS STS 1280/2015 (ECLI:ES:TS:2015:1280).

23 Soweit ersichtlich begründete das TS seine Ansicht mit einer Art Gesamtanalogie.

24 TS STS 1916/2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916).

25 Vgl. EuGH C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo*).

len hat. Diese wird auf die Formalisierung bestimmter Transaktionen durch öffentliche Urkunden erhoben. Lange Zeit war unklar, ob bei einem Hypothekarkreditvertrag der Kreditnehmer oder -geber Steuerschuldner ist, denn diese Frage war im Gesetz nicht eindeutig geregelt.

Trotz dieser Unklarheit vertrat die spanische Rspr. über rund zwei Jahrzehnte, dass bei einem Hypothekarkredit diese vom Kreditnehmer als Steuerschuldner zu tragen sei. Erste Risse bekam diese Linie durch ein Urteil²⁶ des Plenums der ersten (zivilrechtlichen) Kammer²⁷ des spanischen TS im Jahr 2015, in der dieses im Rahmen einer AGB-rechtlichen Entscheidung anklingen ließ, dass der Kreditgeber Steuerschuldner sei. Bei dieser Entscheidung einer „fachfremden“ Kammer ist aber zu beachten, dass in ihr auf die bis dahin ständige Entscheidungspraxis der zweiten Sektion der dritten Kammer – es handelt sich dabei um die steuerrechtliche Fachsektion der verwaltungsrechtlichen Kammer des TS – nicht eingegangen wurde. Dass es sich dabei um Versehen handelte, wird dadurch nahegelegt, dass die zivilrechtliche Kammer ihre Ansicht im März 2018 korrigierte und sich der bis dahin ständigen Praxis der steuerrechtlichen Fachsektion anschloss.²⁸ Folgenlos blieb diese zwischenzeitige Divergenz aber nicht. Sie bewirkte nämlich, dass sechs Verfahren – es handelte sich um Parallelverfahren zwischen denselben Parteien – zur Behandlung durch die steuerrechtliche Fachsektion zugelassen wurden. Das bot dieser die Gelegenheit, überraschend und ungeachtet des Umstands, dass die zivilrechtliche Kammer ihre bisherige Rspr. zwischenzeitig geändert hatte und damit die Divergenz eigentlich bereinigt war, ihre Ansicht zu revidieren. Sie urteilte – innerhalb der Sektion war dies nicht ganz unumstritten²⁹ – in drei kurz aufeinander ergangenen und umfassend begründeten Entscheidungen,³⁰ dass der Kreditgeber und nicht der Kreditnehmer Steuerschuldner sei.

Unmittelbar nach Bekanntwerden des ersten Urteils am 18.10.2018 reagierten die Börsen. Die Aktien der spanischen Banken verzeichneten zum Teil empfindliche Kursverluste. Die Banco Sabadell litt am meisten und

26 TS STS 5618/2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618).

27 Insgesamt gibt es am TS fünf reguläre Kammern, die jeweils verschiedene Rechtsgebiete betreuen. Die erste Kammer ist für Zivilrecht, die dritte für Verwaltungsrecht zuständig. Die Kammern sind jeweils wieder in Sektionen untergliedert.

28 TS STS 3422/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3422).

29 Von sechs Richtern gaben zwei Sondervoten ab, wobei *Guillén* lediglich der Begründung, nicht aber dem Ergebnis widersprach, *Berberoff* war aber auch gegen das Ergebnis und wollte an der alten Auffassung festhalten.

30 TS STS 3422/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3422); STS 3511/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3511); STS 3519/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3519).

ihr Kurs brach um 6,69 % ein. Insgesamt verloren die sechs im IBEX35 gelisteten Banken an einem Tag mehr als € 5,5 Mrd. an Marktkapitalisierung. Dieser Einbruch lässt sich mit den potenziellen wirtschaftlichen Auswirkungen der neuen Entscheidungspraxis erklären. Es stand nämlich im Raum, dass entweder staatliche Stellen oder die Banken verpflichtet wären, den Kreditnehmern die von ihnen zu Unrecht bezahlte Steuer zu ersetzen. Das genaue wirtschaftliche Ausmaß war jedoch aufgrund offener Rechtsfragen unklar. Laut Medienberichten schätzte Moody's, dass die Banken im schlimmsten Fall mit Rückforderungsansprüchen i.H.v. € 16 Mrd. konfrontiert wären, bei Anwendung einer vierjährigen Verjährungsfrist würde die Summe jedoch bloß € 2,3 Mrd. betragen. Der Verbraucherverband ASUFIN ging von einer Gesamtsumme von € 24 Mrd. aus.

Als wären die Vorkommnisse bis dahin nicht schon außergewöhnlich genug, wandte sich am Tag nach der Veröffentlichung des ersten Urteils der Präsident der dritten Kammer des TS mit einer Pressemitteilung an die Öffentlichkeit. In dieser gab er bekannt, dass angesichts der radikalen Änderung der Rechtsprechungspraxis alle noch anhängigen Verfahren an das Plenum der Kammer verwiesen werden, um zu entscheiden, ob diese aufrechterhalten werden solle. Dies begründete er mit den enormen wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen, die mit der Rechtsprechungsänderung einhergingen.

Am 5.11.2018 trat das Plenum zusammen, konnte aber erst nach zweitägiger Beratung eine Entscheidung treffen. Es urteilte, dass die Rechtsprechungsänderung verworfen und im Ergebnis wieder zur alten Entscheidungspraxis zurückgekehrt werde, wonach der Kreditnehmer Steuerschuldner sei.³¹ Die Entscheidung dürfte im Plenum heftige Kontroversen ausgelöst haben. Sie wurde nicht nur mit denkbar knapper Mehrheit von 15 zu 13 Stimmen getroffen, sondern es wurden auch zahlreiche Sondervoten verfasst, die das Ergebnis und dessen Zustandekommen zum Teil äußerst scharf kritisierten.³² Inhaltlich ist hinsichtlich der Plenarentscheidung anzumerken, dass in ihr versucht wird, die Mehrheitsansicht vorrangig klassisch juristisch zu begründen; auf die wirtschaftlichen bzw. sozialen Auswirkungen wird soweit ersichtlich bloß zum Zwecke der Rechtfertigung der Befassung des Plenums kurz referenziert. Trotzdem kann aufgrund der

31 TS STS 3885/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3885).

32 Hervorgehoben sei das Sondervotum der mehrheitlich der zweiten Sektion der dritten Kammer angehörenden Richter *Sanchís, Rojas, Avilés* und *Blas*.

Gesamtumstände angenommen werden, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen durchaus eine Rolle gespielt haben mögen.

Die öffentliche Rezeption der Vorgänge war gleichsam kontrovers, insb. Verbraucherverbände bezeichneten das Plenarurteil als „Skandal“.³³ Aufgrund der vorangegangenen Wirren rund um die Stempelsteuer schritt – spät aber doch – die spanische Regierung ein und sorgte für Rechtssicherheit. Sie erließ am 8.11.2018 ein Dekret, welches klarstellte, dass der Kreditgeber Steuerschuldner der Stempelsteuer ist.³⁴ Dieses Dekret galt aber bloß pro futuro.

3. Österreichischer Zinsenstreit

Das nächste Bsp. weist ebenso einen bankrechtlichen Hintergrund auf, ereignete sich aber in Österreich. Im sogenannten österreichischen Zinsenstreit ging es in den 2000er-Jahren um die Rechtmäßigkeit gängiger Zinsanpassungsklauseln bei Kreditverträgen. Es stand im Raum, dass Banken Kreditnehmern enorme Summen an zu viel bezahlten Kreditzinsen zurückzahlen müssten. Der damalige Justiz- und Konsumentenschutzminister *Böhmendorfer* errechnete, dass allein zwischen 1990 und 2000 durch die rechtswidrigen Klauseln ein „Zinsschaden“ von € 6,5 Mrd. entstanden sei.

Erster Höhepunkt dieses Streits war die E OGH 4 Ob 73/03v. In dieser qualifizierte der 4. Senat eine gängige Zinsanpassungsklausel als rechtswidrig, weil sie gegen § 6 Abs.1 Z 5 KSchG verstieß. Der Senat sprach aus, dass die unwirksame Klausel mittels ergänzender Vertragsauslegung durch eine ausreichend bestimmte und angemessene Zinsanpassungsklausel ersetzt werden müsse.³⁵ Die Differenz zwischen tatsächlich gezahlten Zinsen und den aufgrund der neuen Klausel geschuldeten Zinsen könne der Kreditnehmer bereicherungsrechtlich zurückerfordern. Gleichzeitig beschränkte der OGH jedoch die wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Auffassung dadurch, dass er die bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüche nicht der – mangels expliziter abweichender Regelung anwendbaren – all-

33 Vgl. <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/spanien-gericht-revidiert-urteil-banken-sparen-milliarden-a-1237129.html>.

34 Real Decreto-ley 17/2018.

35 Ob man diese Ansicht heutzutage in Anbetracht der Rspr. des EuGH noch als *lege artis* qualifizieren kann, sei dahingestellt, vgl. *M. Eliskases*, Alles neu bei der Rückabwicklung zu viel bezahlter Kreditzinsen?, ZFR 2020, 559.

gemeinen 30-jährigen Verjährungsfrist gem. § 1478 ABGB unterstellte, sondern für zu viel bezahlte Kreditzinsen eine Verjährungsfrist von drei Jahren annahm.³⁶ Dies begründete der OGH – nach umfassender Darlegung der österreichischen Lehre³⁷ und auch mit Bezugnahme auf deutsche Rspr. und Literatur – mit einem Analogieschluss auf bestandrechtliche Sonderbestimmungen, namentlich § 27 Abs. 3 MRG und § 5 Abs. 4 KlGG. Diese Bestimmungen sehen vor, dass der Pächter oder Mieter einen gesetzwidrig überhöhten Bestandzins bloß innerhalb von drei Jahren zurückfordern könne. Nach dem OGH bestünde kein Anhaltspunkt für die Annahme, dass dem Gesetzgeber Bestandnehmer weniger schutzwürdig erschienen als Kreditnehmer, weswegen ein Wertungswiderspruch gegeben wäre, wenn ein Mieter einen gesetzwidrig überhöhten Zins nur drei Jahre, ein Kreditnehmer aber überhöhte Zinsen 30 Jahre lang zurückfordern könne. Kurz darauf übernahmen weitere Senate des Höchstgerichts diese Ansicht.³⁸

Als vertretbar wird man die Auffassung des OGH bezeichnen können, zwingend war dies aber wohl nicht, denn das überwiegende Schrifttum³⁹ sprach sich zuvor für die Anwendung der langen Verjährungsfrist aus. Selbst der OGH hielt in seiner Entscheidung fest, dass die Argumente für die gegenteilige Ansicht „durchaus beachtlich seien“. Erwartungsgemäß

36 Auch diese Ansicht dürfte im Lichte der jüngeren Rspr. des EuGH europarechtswidrig sein, vgl. näher R. Madl in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-Onlinekommentar, 1.07 Aufl., Wien 2022, § 1480 Rn. 11/0.

37 Vor der Entscheidung lag folgender Meinungsstand:

Für die lange Verjährungsfrist: H. Klang in: H. Klang (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. VI, 2. Aufl., Wien 1951, S 612; M. Bydlinski in: P. Rummel (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Wien 2002, § 1480 Rn. 3; G. Schubert in: P. Rummel (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. II, 1. Aufl., Wien 1984, § 1480 Rn. 3; P. Mader in: M. Schwimann (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. VII, 2. Aufl., Wien 1997, § 1480 Rn. 3; G. Graf, Kreditkündigung und Verjährung, *ecolex* 1990, 597; G. Graf, Finanzierte Vermögensanlage – Bereicherungsausgleich bei ungültigem Kreditvertrag, *ecolex* 1994, 76; B. Belcin, Zur Verjährung bei Rückforderung ungerechtfertigt hoher Kreditzinsen, *ecolex* 2002, 15 (sowie in einem wohl unveröffentlichten Gutachten St. Korinek, Rechtsgutachten vom 3. 8. 2001 für den Bundesminister für Justiz).

Für die kurze Verjährungsfrist: R. Madl, Die Verjährung des Anspruchs des Kreditnehmers auf Rückerstattung rechtsgrundlos bezahlter Zinsen, *ÖBA* 2001, 513; H. Koziol, Unwirksame Klauseln in "Besonderen Bedingungen für die Führung von Privatkonten und die Abholung von Kontopost", *ÖBA* 2001, 645 (652); H. Koziol/G. Iro, Berufung auf unwirksame Zinsanpassungsklausel durch Saldoziehung, *ÖBA* 2002, 267 (Fn. 41); A. Vonkilch, Wann verjähren bei Langzeitverträgen Rückforderungsansprüche wegen überhöhten Entgelts?, *WoBl* 2003, 161.

38 OGH 2 Ob 106/03g; 3 Ob 280/02a.

39 Vgl. Fn. 37.

wurde die Entscheidung im zeitgenössischen Schrifttum⁴⁰ gemischt aufgenommen. Bemerkenswert ist auch, dass die Untergerichte dem OGH zunächst nicht immer folgten und die lange Verjährungsfrist anwandten.⁴¹ Hervorhebenswert sind aber die Ausführungen, mit denen der OGH diesen Analogieschluss gewissermaßen unterstützend begründete:

„Der erkennende Senat gelangt somit zum Ergebnis, dass für den hier geltend gemachten Rückforderungsanspruch die kurze Verjährungsfrist von drei Jahren gilt. Damit wird – im Sinne der Erwägungen des BGH – nicht nur die Gefahr gebannt, dass die Kreditgläubiger und Rückforderungsschuldner im Hinblick auf möglicherweise in exorbitantem Ausmaß geltend gemachte Rückforderungsansprüche in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, sondern auch eine Flut von Prozessen vermieden, die ehemalige Kreditschuldner anstreben könnten, diese aber im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Ermittlung der vor vielen Jahren angemessen gewesenen Zinsen einem hohen Prozessrisiko aussetzen müssten.“

Ob die Kreditnehmer dem OGH dafür dankbar waren, dass er zu ihrem Schutze vor dem Prozessrisiko die Rückforderungsansprüche einer dreijährigen Verjährung unterwarf, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Interessant ist aber, dass hervorgehoben wird, dass die Gefahr abgewendet werden sollte, dass die Kreditgläubiger – also die Banken – im Hinblick auf mglw. in exorbitantem Ausmaß geltend gemachten Rückforderungsansprüche in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten könnten. Dies mag man zunächst bloß als abstrakte teleologische Erwägung auffassen bzw. als Wiederholung der Argumentation des BGH.⁴² Nachdem der Senat aber unmittelbar darauf auch die bei Einnahme der gegenteiligen Position konkret drohende Prozessflut erwähnt, liegt es nicht fern, dass man bei

40 Krit. z.B. G. Wilhelm, Gesetzeslücken wohin man schaut, *ecolx* 2003, 645; G. Graf, Rechtswidrige Zinsanpassungsklauseln und Verjährungsrecht, *ecolx* 2003, 648; B. Beclin, Nochmals zur Verjährung der Rückerstattung von Kreditzinsen, *ecolx* 2003, 653.

Zust. z.B. R. Madl, Ausgewählte Rechtsfragen zur Rückforderung zuviel bezahlter Zinsen bei mangelnder Bestimmtheit einer Zinsanpassungsklausel, *ÖBA* 2003, 722; H. Koziol, Der Rückforderungsanspruch wegen Zahlung überhöhter Zinsen verjährt in drei Jahren, *ÖBA* 2004, 57; A. Vonkilch, Nochmals: Zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen bei überhöhter Entgeltsleistung in Langzeitverträgen, *wobl* 2004, 115.

41 Vgl. den Überblick bei M. Leitner, Der Zinsestreit in der Rspr. der Untergerichte, *ecolx* 2004, 440.

42 BGHZ 98, 174 (181 ff.).

diesen Ausführungen die tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen vor Augen gehabt haben könnte.

4. Zwischenresümee

In Anbetracht des soeben Referierten, erscheint der Befund naheliegend, dass die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen von Entscheidungen bei der Entscheidungsfindung in der Praxis durchaus beachtet werden, sofern diese eine systemrelevante Höhe aufweisen. Eindeutig nachzuweisen ist dies beim EuGH und beim spanischen TS, als diese durch Rechtsfortbildung eine Beschränkung der Urteilsfolgen anstrebten. Bei den Fällen „spanische Stempelsteuer“ und „österreichischer Zinsenstreit“ ist dies nicht eindeutig, aber sicherlich nicht abwegig.

Dass die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen kein alltägliches Phänomen ist, liegt in der Natur der Sache – nicht jede höchstgerichtliche Entscheidung weist das Potential auf, systemrelevante Auswirkungen zu haben.

Gleichsam soll an dieser Stelle auch nicht der Eindruck erweckt werden, dass selbst wenn beträchtliche wirtschaftliche Folgen drohen, jede höchstgerichtliche Entscheidung von solchen Erwägungen beeinflusst ist. Es lassen sich zahlreiche Entscheidungen finden, in denen ein gegenteiliger Eindruck vermittelt wird. So zeigte sich der OGH beim Thema „Ewiges Rücktrittsrecht vom Lebensversicherungsvertrag“⁴³ im Großen und Ganzen äußerst versicherungsnehmerfreundlich, wenngleich er auch nicht bei jedem noch so kleinen Belehrungsfehler ein ewiges Rücktrittsrecht zusprach.⁴⁴ Zu bemerken ist an dieser Stelle auch, dass trotz der versicherungsnehmerfreundlichen Rspr. in Österreich kein Versicherer – zumindest öffentlich wahrnehmbar – in existenzielle Bedrängnis geriet. Ein weiteres Bsp. dürfte sich gerade auch im österreichischen Wohnrecht entwickeln, denn in zwei Verbandsverfahren qualifizierte der OGH⁴⁵ absolut übliche und ihrem Regelungsanliegen nach grds. auch nicht verwerfliche Indexanpassungsklauseln für den Mietzins als rechtswidrig, weil sie den bei B2C-Geschäften

43 Vgl. die Angaben zur wirtschaftlichen Tragweite bei EuGH C-209/12 (*Endress*). In Ö war bzw ist diese Problematik wirtschaftlich besonders brisant, weil nahezu flächendeckend mehr oder minder falsch über das Rücktrittsrecht belehrt wurde.

44 Vgl. P. Konwitschka in: A. Fenyves/S. Perner/A. Riedler (Hrsg.), VersVG-Kommentar, 12. Lfg., Wien 2023, Vor § 159 Rn. 110 f.

45 OGH 2 Ob 36/23t; 8 Ob 37/23h.

geltenden § 6 Abs. 2 Z 4 KSchG nicht ausreichend berücksichtigten und Entgelтанpassungen innerhalb der ersten zwei Monate ab Vertragsabschluss nicht explizit ausschlossen. Sollte diese Ansicht auch in Individualverfahren aufrechterhalten werden, wären zahlreiche Mietverträge – medial wird im „schlimmsten“ Fall von hunderttausenden geschrieben – betroffen, denn die wohnrechtliche Praxis hatte diese Bestimmung bzw. ihre Anwendbarkeit bisher schlichtweg übersehen. Im Raum steht deswegen nicht bloß die Unwirksamkeit der Indexanpassungsklauseln, sondern auch, dass Mieter den zu viel bezahlten Mietzins zurückfordern könnten; dass die wirtschaftlichen Auswirkungen beträchtlich sein können, liegt auf der Hand.

Für die nachfolgende Frage braucht aber auch nicht nachgewiesen werden, ob die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen ein verbreitetes Phänomen ist oder ob diese in jedem der oben genannten Fälle tatsächlich ausschlaggebend war, denn es soll – gewissermaßen abstrakt – geklärt werden, ob diese nach gängiger Methodik überhaupt berücksichtigt werden können. Die vorangegangenen Bsp. belegen bloß, dass dies von praktischer Relevanz ist.

Schlussendlich sei noch erklärt, warum diese Frage aus dem Blickwinkel der Methodenlehre betrachtet wird. Das österreichische Zivilprozessrecht enthält keine Bestimmung, welche eine dem Europarecht vergleichbare Beschränkung der Urteilswirkungen zulässt.⁴⁶ Angemerkt sei, dass in Österreich auch (zutreffend) ein Vertrauensschutz bei einer Änderung der Rspr. i.S.e. Zeitzundertheorie abgelehnt wird.⁴⁷ Insofern könnte die Berücksichtigung dieser Wirkungen bloß im Rahmen der Auslegung oder Fortbildung des materiellen Rechts erfolgen, also mit den Mitteln der Methodenlehre.

III. Methodische Überlegungen

Einleitend ist festzuhalten, dass die nachfolgenden Ausführungen grds. aus der Sicht des österreichischen Privatrechts erfolgen.⁴⁸ Im ABGB finden sich in den §§ 6 und 7 die Regelungen zur juristischen Methodenlehre.

46 Erwähnenswert erscheint i.d.Z., dass für das Verwaltungsrecht § 68 Abs. 3 AVG unter bestimmten Voraussetzungen die Abänderung von Bescheiden zulässt, wenn dies zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schädigungen notwendig und unvermeidlich ist.

47 Vgl. näher dazu *G. Kodek* (Fn. 1), § 12 Rn. 36 ff. m. w. N.; Anders in Deutschland, vgl. *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, S. 102.

48 Nach verbreiteter Auffassung sind die §§ 6, 7 ABGB über das Privatrecht hinaus auf andere Rechtsgebiete – mit allfälligen fachspezifischen Modifikationen – des österr.

Diese Bestimmungen regeln sowohl die Auslegung als auch die Rechtsfortbildung. Nachdem schon das Gesetz entsprechend unterscheidet, erscheint es angezeigt, auch bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage danach zu differenzieren, ob man methodisch Bestimmungen bloß auslegt oder rechtsfortbildend tätig ist.

1. Auslegung

Im ABGB werden für die Auslegung vier Methoden aufgezählt: Die Wortlautinterpretation („eigentümlichen Bedeutung der Worte“), die systematische („in ihrem Zusammenhang“), historische („klaren Absicht des Gesetzgebers“) und teleologische („natürlichen Sinne eines Gesetzes“) Interpretation.⁴⁹

a) Wortlautinterpretation, systematische und historische Interpretation

Bekanntermaßen gilt es bei der Wortlautinterpretation, aufgrund des Wortlauts bzw. der „eigentümlichen Bedeutung der Worte“ der zu interpretierenden Bestimmung ihren Inhalt zu ergründen. Bei der systematischen Interpretation geht es darum, aus dem rechtlichen Umfeld der auszulegenden Norm – z.B. aus der systematischen Stellung im Gesetz – Hinweise auf die zutreffende Auslegung zu erhalten. Die historische Interpretation knüpft an die feststellbaren Absichten des Gesetzgebers an. Hierfür wird insb. die Dokumentation des Gesetzgebungsprozesses und die Entstehungsgeschichte der Norm herangezogen.⁵⁰

Dass eine zivilrechtliche Norm explizit auf volkswirtschaftliche Interessen, auf die Verhinderung von negativen wirtschaftlichen Auswirkungen durch ihre Anwendung oder Sinngemäßes abstellt, wird wohl äußerst selten der Fall sein; zumindest dem Verfasser wäre keine solche Regelung bekannt.⁵¹ Auch die systematische Interpretation wird selten Entsprechen-

Rechts anzuwenden. Gleichsam spielen diese Bestimmungen in der Methodendiskussion des öffentlichen Rechts oftmals keine Rolle, vgl. *M. Schauer* (Fn. 3), § 6 Rn. 3 m. w. N..

49 Vgl. bloß *P. Bydlinski* in: *P. Bydlinski/S. Perner/M. Spitzer* (Hrsg.), *ABGB-Kommentar*, 7. Aufl., Wien 2023, § 6 Rn. 2, 6.

50 Vgl. *M. Schauer* (Fn. 3), § 6 Rn. 7 ff. m. w. N..

51 In anderen Rechtsgebieten sind solche Bezüge – wenngleich pro futuro gerichtet – vereinzelt anzutreffen. Z.B. normiert § 4 Abs. 1 Z 2 *BörseG* als Voraussetzung für die

des nahelegen. Erfahrungsgemäß lassen sich solche Gedanken des Gesetzgebers auch im Rahmen der historischen Interpretation typischerweise nicht feststellen. Für die hier zu untersuchenden Zwecke sind diese drei Interpretationsmethoden somit wenig ergiebig.

b) Teleologische Interpretation

Von den vier klassischen Auslegungsmethoden könnte die teleologische Interpretation am ehesten als Instrument genutzt werden, um die rückwirkenden wirtschaftlichen Auswirkungen im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen. Denn während die drei bisher genannten Methoden an vglw. gut nachvollziehbare Umstände anknüpfen und sich aus diesen selten entsprechende Anhaltspunkte gewinnen lassen werden, überlässt die teleologische Auslegung – zumindest praktisch betrachtet – dem Interpretieren die größten Freiheiten.⁵²

Bei der teleologischen Interpretation geht es darum, das *telos*, also den Zweck der Norm bzw. ihr Ziel zu ermitteln. Zur Ermittlung des Zwecks lassen sich in Österreich wohl drei Standpunkte ausmachen.⁵³

Kodek und *F. Bydlinski* wollen die *ratio legis* mit Hilfe der Fragestellung erfassen, welche Zwecke Menschen wohl im Allgemeinen verfolgen, wenn sie unter Umständen wie den vorliegenden eine Rechtsnorm wie die vorliegende erlassen würden. Auslegungsmaterial sei somit alles Erfahrungswissen, das darüber Aufschluss verspreche, einschließlich des Wissens über die in aller Regel bei der Normsetzung maßgebenden allgemeinsten Rechtswerte Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit. Dies beruhe auf der Überlegung, dass bei Erlassung einer Rechtsnorm rational nachvollziehbare, wenn auch durchaus nicht unbedingt vom Auslegenden gebilligte oder geteilte Ziele verfolgt würden. Diese Zwecke seien auch rekonstruierbar, wenn man davon ausgehe, dass der normsetzenden Rechtsautorität die dem „Begriffskern“ der Gesetzesbegriffe entsprechenden, sozial typischen

Konzessionserteilung, dass keine Gefährdung für das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Börsenwesen zu erwarten ist.

52 Vgl. bloß *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, S.177. Dies ist auch der Grund, warum manche für Zurückhaltung bei der Nutzung der (objektiv-)teleologischen Interpretation plädieren, so bspw. *F. Kerschner*, Juristische Methodenlehre, Wien 2022, S. 33 f.

53 Dies dürfte auch dem deutschen Meinungsspektrum ähneln, vgl. *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2019, S.176, welcher ebenfalls drei Grundpositionen identifiziert.

Sachverhalte und Interessenkonflikte doch gewiss vor Augen stünden. Es lasse sich daher fragen, was jemand, der unter diesen Umständen eine solche Norm im Hinblick auf jene Sachverhalte erlassen würde, damit für Zwecke erreichen bzw. für Wertungen realisieren wolle. Seien dann noch mehrere Zweckhypothesen denkbar, können insb. teleologisch-systematische Überlegungen weiterhelfen, mit denen zu versuchen sei, Widersprüche zu den Wertungen anderer Regelungen der Rechtsordnung zu vermeiden.⁵⁴

Durchaus mit ähnlichen Worten umschreiben *Kerschner/Kehrer* die teleologische Interpretation, auch wenn diese einer allzu weiten objektiv-teleologischen Auslegung kritisch gegenüberstehen. Sie wollen im Rahmen der teleologischen Auslegung auf die *ratio legis* abstellen und betrachten die teleologische Interpretation als Analogieschluss, der gewissermaßen zufällig innerhalb des Wortlauts einer Bestimmung erfolgt. Sie vertreten eine strenge Subsidiarität der teleologischen Interpretation, die i.S. einer Lückenfeststellung erst angewendet werden soll, wenn sich kein Regelungsplan des historischen Gesetzgebers nachweisen lässt. Die *ratio legis* wollen sie aber nicht den Wertungen des Interpreten und auch nicht der naturrechtlichen Rechtsidee⁵⁵ überlassen, sondern – wie beim Analogieschluss – vor allem aus dem Gesetz gewinnen. Die Wertungen wollen sie entsprechend der Formulierung von § 7 ABGB aus ähnlichen, bestimmt entschiedenen Fällen und aus den Gründen verwandter Gesetze gewinnen. Auch sie erkennen in den gesicherten Erfahrungssätzen, welche Ziele Menschen wohl im Allgemeinen verfolgen, wenn sie unter Umständen wie den vorliegenden eine Rechtsnorm wie die vorliegende erlassen würden, eine gewisse Orientierungshilfe, mahnen aber zur vorsichtigen Anwendung dieser Formel.⁵⁶

*Pacic*⁵⁷ vertritt von einem der reinen Rechtslehre verpflichteten Standpunkt aus, dass nur jene Zwecke berücksichtigt werden können, die anhand der objektiven Kriterien Wortlaut, Systematik und Historie auf den Gesetzgeber zurückgeführt werden können.

Unabhängig davon, ob man nun der teleologischen Interpretation einen restriktiveren oder extensiveren Gehalt zumisst, wird man für Österreich von zwei Prämissen ausgehen können.

54 G. Kodek (Fn. 1), § 6 Rn. 115 ff.; F. Bydliński in: P. Rummel (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Wien 2000, § 6 Rn. 20; F. Bydliński, Methodenlehre (Fn. 2), S. 454 f.

55 Vgl. bloß die Kritik an der Rechtsidee bei J. Kehrer, Gesetzeskonforme Methodik, Wien 2013, S. 32 ff.

56 F. Kerschner/J. Kehrer (Fn. 3), §§ 6, 7 Rn. 75, 55 ff.; F. Kerschner, Methodenlehre (Fn. 52), S. 33 ff..

57 J. Pacic, Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht, Wien 2012, S 274 ff..

Erstens: Bei redlicher Auslegung – bei missbräuchlicher Absicht helfen auch die besten Methoden⁵⁸ nichts – wird man einer Regelung nicht jeden beliebigen Zweck unterstellen können, sondern bloß einen, der auch für andere zumindest einigermaßen nachvollziehbar ist.

Zweitens: Es entspricht der h.M.,⁵⁹ dass die Korrektur mglw. unbefriedigender Rechtslagen keine im Zuge der Auslegung zu erledigende Aufgabe ist – oder wie die Rspr.⁶⁰ formuliert: „Die Gerichte haben nur die bestehenden Gesetze anzuwenden; [...] unbefriedigende Gesetzesbestimmungen zu ändern, ist nicht Sache der Rechtsprechung, sondern der Gesetzgebung [...]“.

Beachtet man diese beiden Prämissen, so scheidet wohl die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen im Rahmen der teleologischen Interpretation aus. Der Gesetzgeber verfolgt mit seinen Regelungen den Anspruch, dass diese durch die Gerichte anzuwenden sind. Ein genereller Vorbehalt, bei unerwünschten rückwirkenden Folgen dies nicht zu tun, ist nirgends positiviert und man wird ihn weder generell noch einer bestimmten Norm als Zweck unterstellen können. An einem der oben angeführten Bsp. verdeutlicht: § 6 Abs. 2 Z 4 KSchG wird man nicht den Zweck unterstellen können, bloß gelten zu wollen, wenn ihn die Rechtspraxis angemessen berücksichtigt hätte. Rechtspolitisch kann man trefflich darüber streiten, ob es angemessen ist, aufgrund eines „Formalfehlers“, der in der Praxis wohl bisher keine negativen Auswirkungen auf Mieter hatte, die Wertsicherungsklausel zu „kippen“. Sofern sich die Auslegung des OGH aber als zutreffend erweist, ist dies als geltende Rechtslage hinzunehmen.

Eine Berücksichtigung rückwirkender wirtschaftlicher Folgen wird man m.E. auch nicht – sofern man diese überhaupt für maßgeblich hält⁶¹ – unter Rekurs auf *F. Bydlinskis*⁶² Rechtsidee, die sich aus den Elementen der Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit zusammensetzt, vertreten können. Man könnte überlegen, in Fällen, in denen sich die Anwendung einer Regel als systemkritisch erweisen würde, dem die Zweck-

58 Selbst bei den Naturwissenschaften kann es vorkommen, dass Ergebnisse bewusst verfälscht werden, dies ist aber kein Problem der Methode, sondern des Anwenders.

59 *M. Schauer* (Fn. 3), § 6 Rn. 18; *G. Kodek* (Fn. 1), § 6 Rn. 120; *W. Posch* in: *M. Schwimann/G. Kodek* (Hrsg.), *ABGB-Kommentar*, 5. Aufl., Wien 2018, § 6 ABGB Rn. 22; *F. Kerschner/J. Kehrer* (Fn. 3), §§ 6, 7 Rn. 5. Darauf, dass die Rspr. zum Teil gegen diese Aussage verstößt, wird noch unten Pkt. III.2.b eingegangen.

60 RIS-Justiz RS0009099.

61 Krit. bspw. *J. Kehrer*, *Methodik* (Fn. 55), S. 32 ff.; *F. Rüffler*, *Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung?*, JRP 2002, 60 (61).

62 *F. Bydlinski*, *Methodenlehre* (Fn. 2), S. 299 ff..

mäßigkeit abzusprechen – dass *F. Bydlinski*⁶³ dies auch so sehen würde, soll aber ausdrücklich nicht unterstellt werden. Gleichsam würde dies aber wohl mit den anderen Elementen der Rechtsidee, der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit kollidieren, denn ein solcher Vorbehalt wäre keineswegs der Rechtsicherheit dienlich und die Nichtanwendung in bestimmten Fällen würde zu einer Ungleichbehandlung der Rechtsunterworfenen führen. Mit den Mitteln der klassischen teleologischen Interpretation wird man Derartiges somit nicht begründen können.

Fraglich ist, ob die in Deutschland seit den 1960ern diskutierte sogenannte Folgenorientierung, Folgenberücksichtigung oder folgenorientierte Auslegung für die österreichische Methodenlehre Gegenteiliges ergeben könnte. Als einer der Vorreiter dieser Ansicht kann *Kriele*⁶⁴ betrachtet werden, wobei in Deutschland mittlerweile eine wohl nahezu unfassbare Fülle an Stellungnahmen zum Thema zu finden ist.⁶⁵ Die Bandbreite der Ansichten zur Folgenorientierung ist entsprechend weit und insofern gibt es auch kein einheitliches Bild, was überhaupt unter Folgenorientierung verstanden wird.⁶⁶ Dies macht sich auch im Diskurs darüber bemerkbar, denn dieser scheint zum Teil auch von Missverständnissen geprägt zu sein.⁶⁷

Im Wesentlichen geht es bei der Folgenorientierung um die Frage, ob bei der Auslegung einer Norm die Realfolgen der möglichen Auslegungs-

63 Vgl. i.d.Z. seine Ausführungen bei *F. Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 332.

64 *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1978, S. 165.

65 Vgl. bloß *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 53), Fn. 515 („aus dem überbordenden Schrifttum“). Ein Überblick über den (älteren) Meinungsstand findet sich bei *M. Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995, S. 10 ff.. Ein Überblick zur Folgenorientierung aus jüngerer Zeit findet sich bei *Q. Zhang*, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung, Baden-Baden 2010, S. 29 ff..

66 Auch wenn die Autoren für die Berücksichtigung von Folgen eintreten, scheinen sich z.B. die Positionen von *M. Deckert* (Folgenorientierung [Fn. 65], passim), *G. Lübbe-Wolff* (Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg 1981, passim) und *T. Sambuc* (Folgenerwägung im Richterrecht, Berlin 1977, passim) doch deutlich zu unterscheiden. *M. Deckerts* Ansatz wird sogleich im Text beschrieben. Im Gegensatz zu *M. Deckert* vermitteln die Ausführungen *G. Lübbe-Wolffs* zu den „Adaptionsfolgen“ (S. 137 ff.) tlw. den Eindruck, dass sie mit diesen bloß (sogar durchaus vertretbare) Normzwecke sichtbar machen möchte (z.B., dass die eingeschränkte Gutgläubenserwerbsmöglichkeit an gestohlenen Sachen auch der Diebstahlsprävention dient [S. 146 f]). Ebenso unterscheidet sich der Ansatz *T. Sambucs* von jenem *M. Deckerts*, der die Realfolgen bloß im Lichte des Normzwecks berücksichtigen möchte (S. 139).

67 So ist es (hoffentlich!) übertrieben, wenn *W. Hassemer* (Politik aus Karlsruhe?, JZ 2008, 1 [7]) den Vertretern der folgenorientierten Auslegung unterstellt, dass aufgrund der Folgen auch gegen ein grammatikalisch, systematisch, historisch und teleologisch zwingendes Ergebnis entschieden werden soll.

bzw. Entscheidungsalternativen (teilweise jedweder, also insb. wirtschaftlicher und sozialer Natur) ein auslegungsrelevanter Umstand sind. Also ob der Rechtsanwender wie ein (vorbildlicher) Gesetzgeber bei der Auslegung denken und eine Art Wirkungsfolgenanalyse vornehmen soll, um die „beste“ Auslegungsalternative zu finden. *Deckert*⁶⁸ grenzt die Folgenorientierung von der klassischen Methodenlehre folgendermaßen ab: „Während die klassische juristische Dogmatik Entscheidungen durch Verarbeitung vergangener Tatsachen mit Hilfe vorgegebener Regeln steuert, lenkt die Folgenorientierung die Entscheidungen durch die Erwartung der von der Entscheidung beeinflussten Wirkungen.“

Als einen Pol der Diskussion kann man wohl die Position *Deckerts*⁶⁹ qualifizieren, welche versucht hat, die folgenorientierte Auslegung als eigene Auslegungsmethode handhabbar zu machen und diese an die Stelle der teleologischen Interpretation treten lassen will. Grob zusammengefasst vertritt sie, dass bei jenen Rechtsfragen, die sich nicht anhand von Wortlaut, Systematik und historischer Auslegung lösen lassen, eine umfassende Analyse aller⁷⁰(!) denkbaren Realfolgen vorgenommen werden solle. Diese Realfolgen sollen insb. durch interdisziplinäre Zusammenarbeit (z.B. mit Sachverständigen) ermittelt werden. Danach solle anhand der Kriterien „Effizienz“, „Gerechtigkeit“ und „Wahrheit“ die beste Auslegungsalternative ermittelt werden.

Den entgegengesetzten Pol bildet vor allem *Luhmann*,⁷¹ der jeder Folgenorientierung im Recht ablehnend gegenübersteht. Eine einzelfallbezogene Folgenberücksichtigung würde gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Würde man Folgen und Folgefolgen berücksichtigen, wäre dies mit enormer Komplexität und damit einhergehendem Zeitaufwand verbunden. Dies widerspreche der im Recht gebotenen Reduktion der Komplexität.

Auch der Kritikpunkt *N. Luhmanns* (dazu sogleich im Text), dass eine reine Einzelfallgerechtigkeit mit dieser Methode angestrebt werde, ist wohl zumindest bzgl. der meisten Vertreter unzutreffend.

68 *M. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 65), S. 3.

69 *M. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 65), passim.

70 *M. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 65), S. 118.

71 *N. Luhmann*, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AÖR 1969, 1 (3 ff.). Kritisch auch *H. Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 303.

Zwischen diesen beiden Extrempunkten haben sich vermittelnde Ansichten gebildet, die Folgenargumente in einem bestimmten Ausmaß als zulässig erachten. Beispielhaft⁷² sind hier zu nennen:

Eher zurückhaltend zeigt sich *Larenz*.⁷³ Dieser führt *Krieles* Ansatz der Folgenorientierung auf dessen verfassungsrechtlichen Blickwinkel zurück, hält aber fest, dass Folgeerwägungen für „normale“ Entscheidungstätigkeit wie die der Zivilgerichte keine Rolle spielen können. Er begründet dies mit drei Argumenten: Erstens seien die Gerichte meist gar nicht in der Lage, die Folgen abzuschätzen; zweitens habe der Gesetzgeber die entsprechenden Vorentscheidungen getroffen und die Gerichte seien nicht befugt, diese umzustoßen; drittens erwarte jene Partei, die das Gesetz auf ihrer Seite habe, dass ihr dasjenige zugesprochen werde, was ihr nach diesem zukomme. Folgenorientierte Überlegungen hält *Larenz* lediglich bei Grundsatzentscheidungen wie der erstmaligen Zulassung des Sicherungseigentums oder bei der „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“ für zulässig. Anders sieht dies *Larenz* für die Verfassungsgerichtsbarkeit. Dort hält er eine Folgenorientierung für zulässig und diese solle sich am „Gemeinwohl“ orientieren.

Nach *Möllers*⁷⁴ dürfen in den Fällen, in denen das Gesetz nicht explizit zur Folgenabwägung (z.B. Härtefallklauseln im Scheidungsrecht) verpflichtete, bloß die vom Gesetz bezweckten und angestrebten Folgen in eine Abwägung einfließen. Folgenorientierte Überlegungen hätten überdies keinen Absolutheitsanspruch, sondern könnten die Wertungen des Gesetzes nur ergänzen. Als Bsp. dafür nennt er eine Entscheidung des BGH⁷⁵ zur Haftung psychologischer Gerichtsgutachter im Strafprozess. Der BGH verneinte eine Haftung des Sachverständigen wegen Freiheitsentziehung gem. § 823 Abs.1 BGB für fahrlässig unrichtig erstellte Gutachten, weil eine zu strenge Haftung die Unabhängigkeit des Gutachters gefährden und damit die Rechtspflege beeinträchtigen könne. Das BVerfG verwarf aber diese Ansicht des BGH. Dieses befürchtete zunächst, dass die Nichthaftung zu weniger Sorgfalt des Sachverständigen führen würde. Schlagend war aber, dass § 823 Abs.1 BGB einen Anspruch gegen jedermann gewähre, der rechtswidrig und schuldhaft die persönliche Freiheit eines anderen verletze.

72 Weitere Vertreter einer Mittelposition wären bspw. *W. Hassemer*, Politik (Fn.67), 8; *M. Hensche*, Probleme einer folgenorientierten Rechtsanwendung, Rechtstheorie 1998, 103 (120); *P. Raisch*, Juristische Methoden, Heidelberg 1995, S. 185 f.

73 *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 231 f, 365.

74 *T. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 47), S. 196 ff..

75 BGH VI ZR 113/71.

Würde der Gutachter nicht haften, wäre die Freiheitsverletzung sanktionslos. Als gängige Folgenargumente nennt Möllers überdies das *argumentum ad absurdum*, die Vermeidung einer Übermaßhaftung, *de minimis non curat lex*, die Sicherstellung praktikabler Ergebnisse, die normative Kraft des Faktischen sowie die Akzeptanz. Daneben qualifiziert er das *effet-utile*-Argument im Europarecht als Folgenargument.

In den gängigen österreichischen privatrechtlichen Abhandlungen zur Methodenlehre wird die folgenorientierte Auslegung bzw. die Diskussion über diese bislang wenig rezipiert.⁷⁶ Die wohl ausführlichste Stellungnahme findet sich bei *Pacic*. Er steht der Folgenberücksichtigung insgesamt eher kritisch gegenüber. Folgendiskussionen seien primär für die Gesetzgebung gedacht und werden von ihm als Einfallstor für rechtspolitische Erwägungen identifiziert. Gleichsam vertritt *Pacic* jedoch, dass in jenen Fällen, in denen dem Richter vom Gesetzgeber rechtspolitische Entscheidungsspielräume gewährt werden, der Richter befugt und aufgefordert, nicht jedoch genötigt sei, allfällige Folgen reiflich zu bedenken.⁷⁷ Bei *F. Bydlinski* und *Kodek* findet sich bloß der kurze Hinweis, dass die realen Folgen einer jeden Auslegungsvariante immer abgeschätzt werden müssen, weswegen die „Folgenorientierung“ als selbständige Methode, wie sie von *Deckert* vertreten werde, ausscheide.⁷⁸ Was damit aber genau gemeint und vor allem, wofür die immer vorzunehmende Folgenabschätzung dann genutzt werden soll, wird jedoch nicht erörtert.

F. Bydlinski und *Kodek* haben aber sicherlich Recht damit, dass Folgenorientierung in der Form wie sie *Deckert* vertritt, als eigenständige Methode bei der Rechtsauslegung für Österreich ausscheidet. Dies wäre zunächst wohl schwer mit den §§ 6, 7 ABGB vereinbar. Daneben stellt sich die Frage, ob eine solche Folgenorientierung das hält, was sie verspricht. Lohnt es sich tatsächlich, alle möglichen Folgen und Folgefolgen zu ermitteln, bloß um dann in Anbetracht dieser anhand teilweise wenig konkreter Kriterien wie Effizienz, aber vor allem Gerechtigkeit und Wahrheit zu entscheiden. Ist damit tatsächlich ein Rationalitätsgewinn verbunden, der den beträchtlichen Aufwand und die Komplexitätserhöhung lohnt? Die Übernahme der vermittelnden Ansichten für das österreichische Recht erscheint aber – ohne zu sehr ins Detail eingehen zu wollen – grds. nicht ausgeschlossen.

76 *F. Bydlinski* (Methodenlehre [Fn. 2], S. 148 ff.) setzt sich in seiner zwar mit *M. Kriegl* Werk eingehend auseinander, aber nicht erkennbar mit der Folgenorientierung. *F. Kerschner/J. Kehrer* ([Fn. 3], § 6, 7) erwähnen *M. Kriegl* bloß im LitVZ.

77 *J. Pacic*, Methoden (Fn. 57), S. 316 f.

78 *G. Kodek* (Fn. 1), § 6 Rn. 90 bzw. *F. Bydlinski* (Fn. 54), § 6 Rn. 19.

Zu fragen, ob die naheliegenden bzw. offensichtlichen Folgen einer Auslegungshypothese mit den tatsächlichen Zwecken einer Norm übereinstimmen, erscheint naheliegend und wird wohl auch praktiziert.

Für die hier interessierende Fragestellung bedeutet dies aber, dass die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen regelmäßig nicht berücksichtigt werden können, denn den privatrechtlichen Normen wird üblicherweise kein entsprechender Zweck unterstellt werden können.

Selbst wenn man der Folgenorientierung mehr Raum bieten wollen würde, stellt sich die Frage, ob man nicht zwischen generellen bzw. pro futuro wirkenden Folgen einerseits und rückwirkenden Folgen andererseits differenzieren müsste. Soweit ersichtlich wird dies bei den meisten Vertretern der Folgenorientierung nicht explizit gemacht.⁷⁹ Mit der Berücksichtigung der generellen bzw. pro futuro wirkenden Folgen würde sich unter „Laborbedingungen“ die ideale Auslegung einer Norm, also wie man sie am „besten“ anwenden würde, ermitteln lassen. Lässt man die rückwirkenden Folgen in die Beurteilung einfließen, wird dieses Ergebnis durch die tatsächlichen Gegebenheiten gewissermaßen verfälscht. Illustriert sei dies an folgendem hypothetischen Beispiel: Steht z.B. in Frage, ob eine Norm eine einseitig vorteilhafte Preisanpassungsklausel verbietet, so könnte sich ergeben, dass unter bloßer Berücksichtigung der generellen und zukünftigen Wirkungen jene Auslegungsvariante vorteilhafter wäre, nach der diese rechtswidrig ist – bspw. weil einseitige Preisanpassungsklauseln zu Wohlstandsverlusten führen würden. Berücksichtigt man jedoch auch die rückwirkenden Folgen, so könnten diese bei ausreichendem Gewicht für eine andere Beurteilung sorgen. Beide Varianten erscheinen keinesfalls abwegig. Welcher man den Vorzug geben will, hängt bloß vom Ziel ab, das

79 Zum Teil wirkt es so, als ob aber ohnehin bloß die generellen bzw. pro futuro wirkenden Folgen gemeint sind. So wohl G. Lübbe-Wolff (Realfolgen [Fn. 66], S. 137 ff.) mit den sogenannten Adaptionsfolgen.

Bei R. Zippelius (Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, S. 50) findet man die Aussage: „Da hierbei aber nach einer generalisierbaren Auslegung gesucht wird, geht es um eine *typisierende Folgenorientierung*, die über die Umstände des Einzelfalles hinausweist. Doch zeigt sich auch hier die Situationsgebundenheit rechtlicher Entscheidungen; denn in unterschiedlichen, wenn auch typisierbaren, Situationen spielen Zwecke und zweckgebundene Interessen in unterschiedlicher Zahl und Konstellation eine Rolle, können sich wechselseitig unberührt lassen, verstärken oder auch widersprechen, bald stärker, bald weniger stark betroffen sein und Berücksichtigung verlangen.“ [Anm: Kursivstellung im Original].

Q. Zhang (Folgenorientierung (Fn. 65), S. 32 ff.) gibt die gängigen Klassifikationen der Entscheidungsfolgen wieder, dort findet sich aber kein Hinweis, dass zwischen Folgen aus der Rückwirkung und anderen differenziert wird.

man mit der Folgenorientierung erreichen will: Die für das „Gemeinwohl“ aktuell real beste Lösung oder die abstrakt und unter „Laborbedingungen“ beste Lösung.

Dass im Rahmen der einfachen Auslegung die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen nicht berücksichtigt werden können, dürfte wohl auch der h.M. in Österreich entsprechen, wenn man bedenkt, dass diese der Ökonomischen Analyse des Rechts – diese ist der Folgenorientierung durchaus ähnlich – weitgehend ablehnend gegenübersteht.⁸⁰ So formulieren *Kerschner/Kehrer*⁸¹, dass auf die ökonomischen Auswirkungen einer Regelung nur dann Bedacht genommen werden könne, wenn und soweit der Gesetzgeber selbst darauf Bezug genommen habe. Man könne doch nicht von den vielen möglichen (ökologischen, sozialen, wirtschaftlichen u.a.) Interessen willkürlich allein die ökonomischen als die primär maßgeblichen überhöhen. *Schauer* und *Kodek* vertreten durchaus ähnlich, dass die Ergebnisse der Ökonomischen Analyse des Rechts primär als Empfehlungen an den Gesetzgeber zu verstehen seien. Inwieweit ihre Erkenntnisse bei der Auslegung geltenden Rechts beachtlich seien, hänge davon ab, ob der Zweck der auszulegenden Vorschrift die Berücksichtigung ökonomischer Aspekte gebiete. Soweit dies zutreffe, können ökonomische Folgenerwägungen in die teleologische Interpretation einfließen. Eine eigene Rechtsanwendungs- bzw. Auslegungsmethode sei die Ökonomische Analyse des Rechts aber nicht.⁸² Selbst wenn man der Ökonomischen Analyse des Rechts mehr Gewicht zumessen würde, stellt sich auch hier wieder die Frage, unter welchem Blickwinkel man ökonomisch analysiert.⁸³ Zumeist wird die Ökonomische Analyse des Rechts ja dazu genutzt, darzulegen, wie die Rechtsordnung ökonomisch effizient auszugestalten bzw. wie eine Regelung im Lichte der ökonomischen Effizienz auszulegen wäre. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Verhaltenssteuerung durch rechtliche Regelungen ex ante und Schaffung entsprechender (positiver wie negativer) Anreize.⁸⁴ Bei einer solchen Betrachtungsweise würden aber dann die realen rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen bei der Interpretation einer materiellen Norm regelmäßig außer Betracht bleiben. Ergründet werden soll ja, wie das Recht „unter Laborbedingungen“ zu handhaben sei. Die rückwirkenden

80 Krit. auch *P. Bydlinski* (Fn. 49), § 6 Rn. 11.

81 *F. Kerschner/J. Kehrer* (Fn. 3), § 6, 7 Rn. 60.

82 *M. Schauer* (Fn. 3), § 6 Rn. 33; *G. Kodek* (Fn. 1), § 6 Rn. 228 ff.

83 Vgl. sinngemäß die soeben dargestellten Überlegungen zur Folgenorientierung.

84 Vgl. *G. Kodek* (Fn. 1), § 6 Rn. 229.

wirtschaftlichen Folgen würden wohl am ehesten im Rahmen einer ökonomischen Analyse des Verfahrensrechts relevant werden, also z.B. bei der Frage, ob eine solche Rückwirkung aus diesem Blickwinkel immer effizient ist oder ob man hier Mechanismen schaffen sollte.⁸⁵ Für Österreich wird man Derartiges aber bloß auf rechtspolitischer Ebene diskutieren können.⁸⁶

Trotz der geringen Rezeption der Diskussion um die folgenorientierte Auslegung ist eine Argumentationsform, die teilweise als Fall dieser benannt wird,⁸⁷ in Österreich unzweifelhaft anerkannt und der teleologischen Auslegung zugeordnet: das *argumentum ad absurdum*.⁸⁸ Hierbei handelt es um die Eliminierung einer zunächst an sich denkbaren Zweck- und damit Auslegungshypothese mit dem Argument, dass dieser bestimmte Zweck oder dessen reale Auswirkungen auf die konkreten Rechtsfälle offensichtlich in der Rechtsgemeinschaft ganz allgemein, ohne Rücksicht auf politische Gruppenzugehörigkeit, abgelehnt werde. In diesem Lichte könne nämlich nicht angenommen werden, dass die Gesetzgebungsorgane diese Wertungs- und Zweckvorstellungen zugrunde gelegt haben, die mit den Erwartungen der ganz großen Mehrheit der Rechtsgenossen im Widerspruch stünden. Wenn somit zwei Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen und offenkundig ist, dass eine keinesfalls dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann, dann ist der anderen Auslegung der Vorzug zu geben.⁸⁹ Ob das *argumentum ad absurdum* für die hier gestellte Frage relevant ist, kommt auf die Betrachtungsweise an. Als das potenziell absurde Ergebnis sind die zu befürchtenden systemischen wirtschaftlichen Probleme zu qualifizieren. Diese treten aber typischerweise bloß auf, weil unzählige gleichgeartete Fälle parallel bestehen. Insofern kommt es auf die Perspektive an, aufgrund derer man die Absurdität ermittelt. Stellt man auf den typischen Fall ab, mag das Ergebnis ganz und gar nicht absurd erscheinen, sondern womöglich sogar sachgerecht. Betrachtet man die parallelen Fälle als Ganzes, könnte man aufgrund der kumulierten wirtschaftlichen Auswirkungen Gegenteiliges erkennen.⁹⁰ Letzteres ist m.E. aber abzulehnen, denn es wäre

85 Vgl. die Überlegungen bei P. Ludewig, Beschränkung (Fn. 8), S. Berlin 2012, S. 265 ff.

86 Vgl. unten V.

87 Vgl. T. Möllers, Methodenlehre (Fn. 47), S. 197.

88 Vgl. M. Schauer (Fn. 3), § 6 Rn. 21 m. w. N..

89 G. Kodek (Fn. 1), § 6 Rn. 210.

90 In diese Richtung ging bspw. die Argumentation der spanischen Staatsanwaltschaft im Verbandsverfahren TS STS 1916/2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916) rund um die Zulässigkeit der Mindestzinsklauseln bei Hypothekarkrediten, welche nachfolgend zur oben referierten (Pkt. II.1) Entscheidung EuGH C-154/15, C-307/15 und C-308/15

wohl ein Überstrapazieren des Begriffes Absurdität, wenn man diese annähme, obwohl das Auslegungsergebnis in der jeweiligen Einzelfallbetrachtung bzw. im hypothetischen Standardfall durchaus angemessen erscheint. Auch ist es zweifelhaft, dass das Zuerkennen der an sich zustehenden Ansprüche trotz der Konsequenzen „offensichtlich in der Rechtsgemeinschaft ganz allgemein, ohne Rücksicht auf politische Gruppenzugehörigkeit, abgelehnt“ würde – man beachte bloß exemplarisch die öffentliche Rezeption des Plenarurteils in der Causa „Spanische Stempelsteuer“.⁹¹

Doch auch im Rahmen der einfachen Auslegung könnte es einen Fall geben, in dem die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen zulässig sein könnte: das rechtliche *non liquet*. Also jene Situation, dass auch nach Ausschöpfung und sorgfältiger Anwendung aller juristischer Methoden – und allenfalls auch unter Berücksichtigung des bereits ergangenen „Richterrechts“ als subsidiärer Rechtsquelle⁹² – zwei gleich gut vertretbare Lösungen bestehen. Ob es diese Situation tatsächlich geben kann, ist umstritten.⁹³ Geht man davon aus, dass es sie tatsächlich oder zumindest theoretisch gibt, wird gemeinhin angenommen, dass der Richter Dezision üben kann, also sich frei für eine der gleich gut vertretbaren Auslegungsvarianten entscheiden darf. In diesem Fall wäre es dann auch zulässig, dass der Richter anhand der zu erwartenden rückwirkenden Folgen entscheidet.

c) Auslegung von Generalklauseln

Fraglich ist, ob anderes für die Auslegung von Generalklauseln gelten kann. Bei diesen wird man schwerlich bestreiten können, dass dem Rechtsanwender ein Entscheidungsspielraum zukommt. Vielfach wird vertreten, dass Generalklauseln eine Delegationsfunktion innewohne, also der Gesetzgeber dem Rechtsanwender die Rechtssetzungskompetenz faktisch übertrage.⁹⁴ I.d.S. könnte man überlegen, ob hier die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen zulässig wäre. Gewissermaßen nach

(Gutiérrez Naranjo) führte. Die spanische Staatsanwaltschaft führte aus, dass das Gesetz die Rückwirkung in diesem Fall nicht beabsichtigen könne, weil die Folgen zu drastisch wären.

91 Vgl. oben Pkt. II.2. Angemerkt sei, dass die öffentliche Rezeption von Gerichtsurteilen gewiss nicht immer rational ist.

92 Vgl. F. Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 2), S. 504 ff.

93 F. Bydlinski (Fn. 54), § 6 Rn. 25. Krit. F. Kerschner, Methodenlehre (Fn. 52), S. 46 f.

94 Vgl. bspw. E. Kramer, Methodenlehre (Fn. 52), S. 82.

dem Motto: „Wenn der Normanwender beauftragt wird, die Aufgabe des Gesetzgebers zu übernehmen, dann müsse es ihm auch erlaubt sein, wie der Gesetzgeber zu denken und dieser würde die rückwirkenden Folgen bei der rückwirkenden Normsetzung beachten.“

Aufgrund der Vielfalt von Generalklauseln kann und soll an dieser Stelle keine abschließende Stellungnahme erfolgen. Bei der Anwendung von Generalklauseln wird häufig auf eine umfassende Interessenabwägung abgestellt.⁹⁵ Welche Interessen dabei aber zu berücksichtigen sind, ist im Hinblick auf die jeweilige Generalklausel zu ermitteln. Trotzdem können die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen m.E. hier regelmäßig nicht berücksichtigt werden bzw. allenfalls auf einer sekundären Ebene, wenn die für die Anwendung der Generalklausel anerkannten Parameter keine Lösung indizieren, also ähnlich wie beim oben behandelten rechtlichen *non liquet*. Dies hat den Grund darin, dass – blickt man z.B. auf § 879 Abs. 3 ABGB – die gröbliche Benachteiligung einer AGB-Klausel nicht mehr oder weniger wird, bloß weil sich durch zahlreiche Parallelfälle die wirtschaftliche Tragweite der Fragestellung erhöht. Es wäre auch wenig nachvollziehbar, bei sonst vergleichbaren Umständen,⁹⁶ ein und dieselbe Klausel in Fitnesscenterverträgen für gröblich benachteiligend zu qualifizieren, aufgrund der wirtschaftlichen Folgen bei Kreditverträgen jedoch nicht.⁹⁷ Es kann für die Beurteilung der gröblichen Benachteiligung auch nicht relevant sein, ob eine Klausel bloß von einer oder von fast allen Banken verwendet wird. Dies alles wäre aber wohl entscheidend, wenn man die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen für maßgeblich erachtet und dieses Abwägungskriterium im Rahmen der Interessenabwägung konsequent handhaben würde. Womöglich müsste man in diesem Lichte sogar in Parallelfällen eine Norm unterschiedlich handhaben, je nachdem, ob eine systemkritische oder „normale“ Bank am Verfahren beteiligt ist, denn bloß bei ersterer wären die Folgen „gemeinwohlrelevant“. Für die Nichtberücksichtigung solcher Umstände spricht auch, dass dies oft dazu führen

95 Vgl. bspw. G. Graf in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-Onlinekommentar, 1.05 Aufl., Wien 2019, § 879 Rn. 61, 279.

96 Das es sachliche Kriterien geben kann, die eine Differenzierung nach Branchen bzw. Vertragsart zulassen können, sei nicht infrage gestellt.

97 Vgl. OGH 4 Ob 59/22p, welche für beide Fälle zutreffend dieselben Grundsätze anwendet. Vgl. sinngemäß die Ausführungen H. Koziols, Der Rückforderungsanspruch wegen Zahlung überhöhter Zinsen verjährt in drei Jahren, ÖBA 2004, 57 (59), der den Analogieschluss des OGH im Zinsstreit (oben Pkt. II.3) befürwortete, aber hervorhob, dass dies keine Sonderregel für Banken darstelle, sondern generell gelte.

würde, dass die am weitesten verbreiteten problematischen Klauseln – diese sind es ja, welche typischerweise die größten wirtschaftlichen Folgen nach sich ziehen – bessergestellt würden als die weniger weit verbreiteten. Aus anderem Blickwinkel betrachtet könnte man sogar überlegen, ob nicht gerade bei diesen Klauseln das öffentliche Bedürfnis besonders stark ausgeprägt ist, dass sie vom Markt verschwinden, von ihnen sind nämlich auch die meisten Personen betroffen.

2. Rechtsfortbildung

Nachdem soeben die Auslegung besprochen wurde, stellt sich die Frage, ob bei der Rechtsfortbildung die rückwirkenden Folgen berücksichtigt werden können. Es sollen zuerst die „einfachen“ Formen der Rechtsfortbildung besprochen werden, im Anschluss daran die „erweiterte“ Rechtsfortbildung.

a) „Einfache“ Rechtsfortbildung

Mit der „einfachen“ Rechtsfortbildung sind hier die Analogie und die teleologische Reduktion gemeint. Die Analogie ist in den Formen der Gesetzes- bzw. Einzelanalogie sowie der Rechts- bzw. Gesamtanalogie in § 7 ABGB normiert. Die teleologische Reduktion findet sich dort zwar nicht explizit erwähnt, ist aber einhellig anerkannt.⁹⁸

Obwohl § 7 ABGB dem Rechtsanwender somit Rechtsfortbildung zugesteht, zielt dieser durch den Verweis auf die ähnlichen vom Gesetz bestimmt entschiedenen Fälle und die Gründe anderer verwandter Gesetze auf eine Bindung an den gesetzgeberischen Willen bzw. dessen Wertungen ab. Dies sollte gerade dazu dienen, richterliche Eigenwertung hintanzuhalten.⁹⁹ Der Rechtsanwender darf somit seine subjektiven Wertvorstellungen oder rechtspolitischen Wünsche nicht an die Stelle des objektiven Sinns des Gesetzes setzen.¹⁰⁰ Man könnte auch formulieren, dass diese Werkzeuge gerade der Durchsetzung des gesetzgeberischen Willens in Fällen dienen sollen, in denen dieser es verabsäumt hat, ihn ausdrücklich zu artikulieren; der gesetzliche Wortlaut also hinter dem gesetzgeberischen Willen zurückbleibt. Heutzutage wird auch verbreitet anerkannt, dass § 7 ABGB der

⁹⁸ M. Schauer (Fn. 3), § 7 Rn. 18 m. w. N..

⁹⁹ Vgl. bloß F. Zeiller, ABGB-Kommentar, Bd. I, Wien 1811, S. 68.

¹⁰⁰ G. Kodek (Fn. 1), § 7 Rn. 35 m. w. N..

Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes dient.¹⁰¹ Theoretisch betrachtet ist die Analogie somit simpel. Ist ein Fall gesetzlich nicht explizit geregelt und entspricht dies nicht dem Willen des Gesetzgebers, ist dieser anhand vergleichbarer Regeln zu lösen. Dass dies in der Praxis regelmäßig zu den anspruchsvolleren Aufgaben zählt, steht auf einem anderen Blatt.

Die teleologische Reduktion wird regelmäßig als das Gegenstück zur Analogie bezeichnet. Sie findet Anwendung, wenn der Begriffskern einer Norm einen Fall erfasst, die Anwendung der Norm aber nicht deren Zweck entsprechen würde. Es liegt wieder eine Diskrepanz zwischen Wortlaut und Zweck vor. Ersterer erweist sich im Verhältnis zu Letzterem als überschießend.¹⁰² Von manchen wird dies auch als Ausnahmelücke bezeichnet.¹⁰³

Ohne auf weitere Details eingehen zu wollen, genügt somit für die hier interessierende Frage, dass – wie soeben dargelegt – bei diesen Methoden der Rechtsfortbildung rechtspolitische Wertungen des Anwenders außen vor zu bleiben haben. Dies gilt auch trotz des Umstandes, dass der Gesetzgeber die konkrete Fallsituation nicht bedacht hat. Insofern muss m.E. der Umstand, dass die analoge Anwendung oder teleologische Reduktion einer Norm beträchtliche wirtschaftliche Konsequenzen nach sich ziehen könnte, unbeachtet bleiben.¹⁰⁴ Es gilt vielmehr, bloß die Wertung des Gesetzgebers vom geregelten auf den ungeregelten Fall zu übertragen.

Gewissermaßen rechtspraktisch betrachtet sollten solche Wirkungen aber doch eine Rolle einnehmen: Ist bei einer Rechtsfortbildung zu befürchten, dass diese beträchtliche wirtschaftliche Folgen nach sich zieht, sollte der Rechtsanwender sich besser nochmals vergewissern, ob die methodischen Voraussetzungen tatsächlich gegeben sind, also wirklich eine planwidrige und nicht bloß rechtspolitische Lücke vorliegt. Diese Überlegung gilt aber nicht nur für die „einfache“ Rechtsfortbildung und ist sicherlich verallgemeinerungsfähig. Gleichsam ist sie aber auch nicht übermäßig originell, denn gerade bei erkennbar wirtschaftlich „heiklen“ Fragestellungen ist zu beobachten, dass die Rspr. ihre Lösung regelmäßig äußerst

101 F. Rüffler, (Fn. 61) 69; M. Schauer (Fn. 3), § 7 Rn. 13.

102 Vgl. G. Kodek (Fn. 1), § 7 Rn. 60 m. w. N..

103 E. Kramer, Methodenlehre (Fn. 52), S. 250.

104 A.A. mglw bzgl. der Rechtsanalogie G. Kodek (Fn. 1), § 7 Rn. 52.

sorgfältig begründet und auch eingehend auf die zumeist in diesen Fällen vorliegende umfassende literarische Diskussion Rücksicht nimmt.¹⁰⁵

Zu klären bleibt noch, ob der Umstand, dass die Anwendung einer Regelung zu wirtschaftlichen Verwerfungen führen könnte, eine nachträgliche Lücke begründen könnte, die es mittels Analogie oder Reduktion auszufüllen gilt. Welche Umstände eine nachträgliche Lücke begründen, ist in Österreich strittig. Für *Schauer*¹⁰⁶ können lediglich Änderungen der Rechtsordnung entscheidend sein, weil nur sie auf eine Neubewertung der beteiligten Interessen durch den Gesetzgeber schließen lassen. Spätere Entwicklungen auf gesellschaftlichem, technischem oder wirtschaftlichem Gebiet oder bloße Änderungen in den Moralvorstellungen genügen nach ihm nicht. Gleiches vertreten auch *Kerschner* und *Kehrer* sowie wohl auch *F. Bydliński*.¹⁰⁷ Einen weiteren Ansatz vertreten *Kodek* und *Posch*, für die nicht nur rechtliche, sondern auch soziale, ökonomische oder technische Entwicklungen eine nachträgliche Lücke begründen können.¹⁰⁸ Selbst wenn man die ökonomischen Entwicklungen als geeignet erachtet, eine nachträgliche Lücke zu begründen, so wird man m.E. dies aber so verstehen müssen, dass hier jedenfalls eine dauerhafte Veränderung gegeben sein muss, die den Gesetzgeber hypothetisch zu einer Neubewertung des Regelungskonzepts veranlasst hätte. Der bloße Umstand, dass die Anwendung einer Regelung in einer spezifischen Problemstellung – also einer Häufung von parallelen Einzelfällen – sich als wirtschaftlich kritisch erweist, reicht hierzu nicht aus, wenn die Anwendung der Regel im konkreten Einzelfall bzw. hypothetischen Standardfall noch immer sachgerecht wäre. An einem der obigen Bsp. verdeutlicht: Dass die 30-jährige Verjährung von Bereicherungsansprüchen bei ihrer Anwendung im „Zinsenstreit“ wirtschaftliche Probleme verursachen hätte können, kann kein maßgeblicher Umstand für eine Analogie sein, wenn die Regel abseits davon selbst unter Berücksichtigung der sozialen, ökonomischen oder technischen Entwicklungen noch immer sachgerecht war, ist und sein wird. Dann kann man nicht bezweifeln, dass diese dem Regelungskonzept des Gesetzgebers entspricht. Könnte man hingegen durch § 27 Abs. 3 MRG und § 5 Abs. 4 KIGG nach-

105 Vgl. OGH 3 Ob 78/21y (Auswirkung von COVID-19 auf die Zinszahlungspflicht bei der Geschäftsraummieta), in der das Schrifttum umfangreich wiedergegeben wird.

106 *M. Schauer* (Fn. 3), § 7 Rn. 9 (wmgf. aber weiter in Bezug auf die teleologische Reduktion, vgl. Rn. 18).

107 *F. Kerschner/J. Kehrer* (Fn. 3), § 6, 7 Rn. 112 ff.; *F. Bydliński* (Fn. 54), § 7 Rn. 2; *F. Bydliński*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 585 f.

108 *G. Kodek* (Fn. 1), § 7 Rn. 23; *W. Posch* (Fn. 59), § 7 ABGB Rn. 5.

weisen, dass der Gesetzgeber durch deren Erlass tatsächlich – das ist aber gerade der Streitpunkt – mittlerweile ein anderes Regelungskonzept verfolgen würde und die Anwendung der 30-jährigen Verjährungsfrist somit nachträglich planwidrig geworden wäre, so hätte man § 1478 ABGB teleologisch zu reduzieren und die genannten Spezialregelungen analog und generell heranzuziehen.¹⁰⁹ Dies wäre dann methodisch korrekt. Entsprechendes vertrat auch der OGH, denn er schuf kein spezielles „Bankenverjährungsrecht“, sondern wandte nachfolgend die kurze Verjährungsfrist über den Zinsenstreit hinaus für die Rückforderung periodisch gezahlter Entgelte grds. generell an.¹¹⁰

b) „Erweiterte“ Rechtsfortbildung

Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden. Dies bestimmt § 7 ABGB und ordnet damit an, dass subsidiär, wenn die zuvor genannten Methoden der Auslegung und „einfachen“ Rechtsfortbildung für die Falllösung nicht ausreichen, auf die natürlichen Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden darf bzw. sogar muss. Der Anwendungsbereich der natürlichen Rechtsgrundsätze ist denkbar gering – als überzeugendstes Bsp. dient das Recht der Totenfürsorge.¹¹¹

Doch was sind die natürlichen Rechtsgrundsätze? Die Verfasser des ABGB bezogen sich dabei auf das Naturrecht. Heute werden unter den natürlichen Rechtsgrundsätzen oftmals die allgemeinsten Wertungsprinzipien verstanden, die der Rechtsordnung zugrunde liegen.¹¹² In der praktischen Anwendung ist hier ein großer Spielraum gegeben. Faktisch wird man der freien Rechtsfindung relativ nahestehen, denn selbst unter Zuhilfenahme von Hilfsmitteln wie der Rechtsvergleichung wird sich auf dieser Ebene

109 Ein solches Zusammentreffen von teleologischer Reduktion und Analogie ist methodisch anerkannt, vgl. *G. Kodek* (Fn. 1), § 7 Rn. 65 m. w. N.. Dass die kurze Verjährungsfrist auf europarechtliche Bedenken stößt, sei nochmals angemerkt, vgl. Fn. 36.

110 Vgl. OGH 7 Ob 10/20a m. w. N..

111 *F. Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 492 f. Bei anderen Bsp. wird oftmals vorgebracht, dass sich diese durch vorrangige Methoden entsprechend lösen ließen, so bspw. *F. Kerschner/J. Kehrer* (Fn. 3), § 6, 7 Rn. 94 in Bezug auf den Arglistenwand bei der Verjährungseinrede.

112 *M. Schauer* (Fn. 3), § 7 Rn. 17; vgl. die Nw. zu den verschiedenen Auffassungen bei *G. Kodek* (Fn. 1), § 7 Rn. 80.

in der Praxis schwerlich ein Ergebnis finden lassen, welches alleinig als zwingend zu betrachten ist. Im Ergebnis wird man die natürlichen Rechtsgrundsätze darauf herunterbrechen können, dass der Rechtsanwender so entscheiden soll, wie er anhand der geltenden Rechtsordnung glaubt, dass es der Gesetzgeber tun würde. Aber lassen sich dabei die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen berücksichtigen?

Auch hier stellt sich die Frage, an welche Situation gedacht wird, in welcher der Gesetzgeber entscheiden würde. M.E. sollte dies die hypothetische Standardsituation sein. Wie würde der Gesetzgeber generalisierend den Konflikt zwischen den Parteien beurteilen. Die genannten Folgen haben damit außer Betracht zu bleiben. Gegen die Berücksichtigung dieser spricht auch hier wieder, dass deren Ausmaß für das Gericht regelmäßig nicht erkennbar sein wird und es deswegen allzu leicht eine Partei unsachgemäß bevorzugen könnte, wenn diese die entsprechenden Folgen bloß behauptet.

Abseits dieses engen gesetzlichen Korsetts wird von Teilen der Lit.¹¹³ vertreten, dass der Rspr. eine Rolle als Komplementärgesetzgeber zukäme und diese auch zur Rechtsfortbildung contra legem berechtigt sei. Damit ist aber von jenen Stimmen nicht das Offensichtliche gemeint, dass § 7 ABGB auch die Analogie zulässt, also der Zweck einer Regelung über den Wortlaut derselben hinausreichen kann. Vielmehr wird vertreten, dass es der Rspr. zustehe, auch abseits der oben dargestellten Voraussetzungen – also auch gegen das Regelungskonzept des Gesetzgebers und somit ohne planwidrige Lücke – Recht zu bilden. Den Vertretern dieser Ansicht ist zuzugestehen, dass diese Auffassung trotz der geäußerten Zurückhaltung¹¹⁴ der Rspr. auch bei dieser zum Teil angetroffen werden kann.¹¹⁵ Wohl allgemein bekannt ist der umfassende Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters, welchen die Judikatur gegen das in § 22 GmbHG zu findende und eigentlich eindeutige Regelungskonzept geschaffen hat.¹¹⁶ Dass derartiges im Lichte der Gewaltenteilung kritisch gesehen werden kann, braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Dass eine solche Auffüllung rechtspolitischer Lücken der in Österreich gängigen Methodenlehre und den Aussagen der Gerichte

113 Für Ö bspw. *F. Harrer*, Entwicklungsstufen der Rechtsfindung, Wien 2018 passim.

114 Vgl. bloß RIS-Justiz RS0008880.

115 Vgl. die Übersicht bei *F. Harrer*, Entwicklungsstufen (Fn. 113), S. 15 ff., wobei an dieser Stelle nicht untersucht werden soll, ob manches Bsp. nicht einfach als zulässiger, methodisch angezeigter Judikaturwandel zu werten ist.

116 RIS-Justiz RS0060098.

selbst widerspricht, auch nicht.¹¹⁷ Als tatsächliches Phänomen ist es aber anzuerkennen und im Hinblick auf die vorliegende Frage zu würdigen. Wenn sich der Richter gegen das Regelungskonzept des Gesetzgebers stellt und sich zum Komplementär- bzw. Gegengesetzgeber aufschwingt, so wird man ihm auch zugestehen müssen, wie ein Gesetzgeber zu denken. Insofern sollte in diesem Fall der Richter die Folgen jedweder Natur – sei es nun rückwirkend oder auch pro futuro – vor seiner Entscheidung umfassend bedenken. Dass ihm dies oftmals nicht möglich sein wird, sollte bedacht und gleichsam als negatives Kriterium gesehen werden. Lassen sich die generellen Folgen der ins Auge gefassten Entscheidung nicht abschätzen, so sollte dies ein deutliches Zeichen sein, Zurückhaltung zu üben und auf allfällige Schritte des Gesetzgebers zu warten.¹¹⁸ Sind die Konsequenzen erkennbar und beträchtlich (das meint nicht zwingend systemische Relevanz), gilt natürlich dasselbe.¹¹⁹ Selbst, wenn die Konsequenzen einigermaßen überschaubar und gering sind wie beim Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters, sollte man sich aber bewusst sein, dass dieser „Fortschritt der Rechtsentwicklung“ niemals kostenlos ist. Er geht nämlich zu Lasten jener, die berechtigt auf das lückenlose Regelungskonzept des Gesetzgebers vertraut haben, trotzdem im Verfahren nicht obsiegt und damit zumindest mit den Verfahrenskosten belastet sind.

117 F. Kerschner, Methodenlehre (Fn. 52), S. 94 ff.; U. Torggler, Kunst (Fn. 5), S. 47 (53 f). Zur Rspr. vgl. Fn. 114. Vgl. i.d.Z. F. Zeiller (Fn. 99), S. 67.

118 Vgl. G. Nowotny, Richterliche Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht, in: U. Torggler (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen, Wien 2019, S. 33 (39 f), der in Bezug auf die E OGH 2 Ob 225/07p festhält, dass er als an der damaligen Entscheidungsfindung beteiligter Höchstrichter aufgrund der zahlreichen Folgeprobleme, die sich aus dieser Entscheidung ergeben und dem Senat nicht in voller Tragweite bewusst gewesen seien, das tatsächliche Vorliegen einer Lücke aus heutiger Sicht genauer prüfen würde.

119 Vgl. die Ausführungen zu den Kollateralschäden im Zuge der Rechtsfort- und Rechtsrückbildung durch den BGH beim Thema „qualifiziert faktischer Konzern“ bei U. Torggler, Kunst (Fn. 5), S. 47 (50 ff.).

Vgl. i.d.Z. BGH III ZR 220/86: „Der Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung werden durch den rechtsstaatlichen Grundsatz der richterlichen Rechts- und Gesetzesbindung Schranken gezogen [...]. Sie wären eindeutig überschritten, wenn man auf dem erörterten Wege zu einer Staatshaftung für neuartige Waldschäden gelangen wollte. Diese kann nur der Gesetzgeber einführen [...]“.

IV. Bedürfnis nach einer Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen?

Tritt man der hier vertretenen Ansicht – die zugegebenermaßen aus der bequemen Position der Theorie geäußert wird – bei, dass die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen im Rahmen der Entscheidungsfindung weitgehend unberücksichtigt zu bleiben haben, stellt sich die Frage, ob es überhaupt ein Bedürfnis nach deren Berücksichtigung im Rahmen der Rechtsanwendung gibt.

Vordergründig liegt das Argument für die Berücksichtigung solcher Folgen auf der Hand: das Gemeinwohl und die Vermeidung volkswirtschaftlicher Schäden. Dagegen spricht aber, dass es für das Gericht oftmals nicht verlässlich erkennbar sein wird, ob die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen wirklich so gravierend sind, wie sie zum Teil dargestellt werden. Jene, die durch sie belastet werden, werden immer bestrebt sein, diese als so dramatisch wie möglich zu beschreiben und gleichsam den Teufel an die Wand zu malen. Kriele hat schon 1967 formuliert: „Der Anwalt (jedenfalls der geschickte und erfolgreiche) argumentiert keineswegs nur mit dem Hinweis auf die Absicht des Gesetzgebers oder dergleichen, sondern vor allem auch mit der Darlegung der *Konsequenzen*, die sich aus den verschiedenen möglichen Entscheidungen und ihrer präjudiziellen Wirkung ergeben würden. Kann er die Richter davon überzeugen, daß sich jede andere als die von ihm vorgeschlagene Entscheidung verhängnisvoll auswirken würde, so hat er in der Regel die Sache gewonnen.“¹²⁰ Woher sollen Gerichte wissen, ob bspw. Zinsrückzahlungen für Banken bloß schmerzlich, aber verträglich, oder tatsächlich systemgefährdend sind? Medien, veröffentlichte Einschätzungen von Fachleuten – die wohl auch selten einhelliger Meinung sein werden – mögen mitunter ein schlechter Ratgeber sein, man denke bloß an Litigation-PR. Der Hinweis, dass es „bekannt sei“, dass durch die Rückwirkung des Urteils die Gefahr einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Wirtschaftsordnung einhergehe, erscheint wenig überzeugend.¹²¹ Sollen im Rahmen eines Gerichtsverfahrens umfangreiche wirtschaftswissenschaftliche Gutachten in Auftrag gegeben werden, welche z.B. die Auswirkung der Rechtsansicht auf alle betroffenen Banken und die gesamte Volkswirtschaft ergründen? Selbst wenn man dies herausfinden könnte, soll dies die Berechtigung des Klägers ändern? Dies alles spricht

120 M. Kriele, Theorie (Fn. 64), S. 165, Kursivstellung im Original.

121 Vgl. TS STS 1916/2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916).

eher gegen die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen.

Praktisch betrachtet kann die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen wohl ohnehin bloß in jenen Fällen entscheidend sein, in denen sich zumindest zwei Lösungsansätze einigermaßen gut vertreten lassen. Dann könnten die rückwirkenden Folgen gewissermaßen informell durch die (bewusste oder unbewusste) Wahl bzw. Gewichtung der Auslegungsmethoden berücksichtigt werden. Dies passiert dann aber nicht dadurch, dass die Berücksichtigung der rückwirkenden Folgen ein methodisch zulässiges Argument darstellt, sondern dadurch, dass im Rahmen der Abwägung der Auslegungsargumente jenes Auslegungsergebnis als überzeugender ausgegeben bzw. empfunden wird, welches das „passende“ Ergebnis liefert.¹²² Gegen eindeutigen Wortlaut, Systematik, Historie und Telos wird sich aber auch angesichts beträchtlicher Folgen schwer entscheiden lassen. Gewiss lässt sich frei nach *Adenauer* feststellen, dass über dem Höchstgericht bloß noch der blaue Himmel ist. Doch bei allzu offensichtlicher „Kreativität“ in der Rechtsfindung wird das Gericht den Vorwurf der Rechtsbeugung riskieren.

Was aber vor diesem Hintergrund nicht vergessen werden sollte: Die Judikative ist nicht die einzige Staatsgewalt, sondern es gibt neben ihr noch die Legislative und Exekutive, die schon allein organisatorisch um einiges besser geeignet sind, sich um volkswirtschaftliche Belange zu kümmern und in den letzten Jahren, die oftmals von Krisen vielfältiger Natur geprägt waren, immer wieder gezeigt haben, dass sie auch handlungsfähig sind. Manche Probleme lassen sich auch – sofern entsprechender politischer Wille vorhanden ist – relativ einfach durch den Gesetzgeber reparieren.¹²³

Gerade aber für die „hard cases“, in denen die rückwirkenden Folgen ausschlaggebend sein könnten, enthält das ABGB ein Instrument, welches als Sicherheitsmechanismus genutzt werden kann, sollten die wirtschaftlichen Auswirkungen tatsächlich entsprechend schwer wiegen (wobei dies keine Voraussetzung dafür ist): die in § 8 ABGB normierte authentische

122 Vgl. zum „pragmatischen Methodenpluralismus“ bspw. *G. Kodek* (Fn. 1), § 6 Rn. 130 m. w. N.. Insofern würde ich die „normative Kraft des faktischen“ (vgl. *T. Möllers*, Methodenlehre [Fn. 47], S. 205 f) nicht als Argument, sondern als praktische Erscheinung qualifizieren.

123 Man denke an die „Rettung des Wohnungseigentums“ durch den österreichischen Gesetzgeber mittels BGBl I 100/2014; zur Vorgeschichte *A. Vonkilch*, Errichtung eines Zubaus im Garten als Zubehör-Wohnungseigentum, wobl 2011, 169.

Interpretation.¹²⁴ Mit der authentischen Interpretation lässt sich gegebenenfalls die Rspr. rückwirkend korrigieren und mit ihr kann der Gesetzgeber sogar in noch nicht abgeschlossene Verfahren eingreifen;¹²⁵ es steht dem Gesetzgeber aber natürlich auch frei, noch bevor überhaupt erste höchstgerichtliche Entscheidungen ergangen sind, klarzustellen, in welchem Sinne er eine unklare Norm ausgelegt haben möchte.¹²⁶ Die Nutzung dieses Instruments ist zwar nicht alltäglich, doch hat der österreichische Gesetzgeber es schon mehrmals in Anspruch genommen.¹²⁷

Die authentische Interpretation ist – entgegen früher vertretenen Ansichten – auch per se nicht verfassungswidrig.¹²⁸ Wie A. Vonkilch¹²⁹ zutreffend ausführt, ist sie auch rechtspolitisch nicht bedenklich: Wer ist mehr legitimiert, eine unklare Rechtslage generell klarzustellen, als der demokratisch legitimierte Gesetzgeber? Gewiss sind aber verfassungsrechtliche Grenzen wie der Gleichheitssatz einzuhalten. Für die authentische Interpretation gelten hier auch keine besonderen Maßstäbe.¹³⁰ Trotz des Namens ist der Gesetzgeber aber nicht an die Auslegungsregeln der §§ 6, 7 ABGB gebunden, denn bei der authentischen Interpretation handelt es sich um einen Akt der Rechtssetzung, nicht der Rechtserkenntnis.¹³¹ Der Gesetzgeber kann somit auch Ergebnisse anordnen, die nach den §§ 6, 7 ABGB nicht als am besten vertretbare Lösung erschienen sein mögen.¹³² Dies wird in der Lit sogar als praktischer Hauptanwendungsfall der authentischen

124 Man beachte, dass dem Gesetzgeber auch ohne § 8 ABGB eine entsprechende Befugnis zustehen würde, vgl. G. Kodek (Fn. 1), § 8 Rn. 2 m. w. N..

125 M. Schauer (Fn. 3), § 8 Rn. 9 m. w. N..

126 Ein Bsp. hierfür ist die WGG-Novelle 2022 (BGBl I 88/2022), bei welcher der Gesetzgeber eine aufkommende Diskussion in der Lit, mit der die bisher hL in Zweifel gezogen wurde, zum Anlass nahm, mittels authentischer Interpretation eine Klarstellung vorzunehmen, dazu näher C. Prader/R. Pittl, Wohnzivilrechtliche Neuerungen der WGG-Novelle 2022, ImmoZak 2022, 50 (50).

127 Vgl. einerseits Fn. 126; andererseits § 13a BBetrG, BGBl 405/1991 idF BGBl I 101/2003. Bemerkenswert waren auch die Versuche des Gesetzgebers, § 25 Abs. 3 GSpG „authentisch“ zu interpretieren, vgl. A. Vonkilch, § 25 Abs. 3 GSpG: authentische Interpretation „zum Quadrat“, ecoloX 2007, 241.

128 Vgl. W. Posch (Fn. 59), § 8 ABGB Rn. 2 m. w. N.. Selbst eine verfassungswidrige authentische Interpretation ist so lange gültig, bis der VfGH darüber befunden hat, vgl. A. Vonkilch/J. Kehrner (Fn. 3), § 8 Rn. 6.

129 A. Vonkilch, Das intertemporale Privatrecht, Wien 1999, S. 179 f.

130 A. Vonkilch/J. Kehrner (Fn. 3), § 8 Rn. 6.

131 M. Schauer (Fn. 3), § 8 Rn. 4 m. w. N..

132 Wird ein wissenschaftlich unvertretbares Auslegungsergebnis angeordnet, wird von „unechter authentischer Interpretation“ gesprochen, vgl. A. Vonkilch/J. Kehrner (Fn. 3), § 8 Rn. 5.

Interpretation genannt.¹³³ Trotzdem spielen die allgemeinen Auslegungsregeln faktisch auch bei ihr eine Rolle. Denn für die Verfassungskonformität des jeweiligen authentischen Interpretationsaktes sind diese nicht unerheblich. Ein Überschreiten der verfassungsrechtlichen Grenzen ist nämlich umso weniger wahrscheinlich, je vertretbarer die Lösung erscheint, für die sich der Gesetzgeber entschieden hat. Überdies muss man festhalten: Je unklarer die Rechtslage, desto eher ist es zulässig, dass der Gesetzgeber rückwirkend korrigiert, denn nach h.M. ist das Vertrauen des Normunterworfenen auf eine unklare Rechtslage minder schützenswert, weil eine Klärung durch den Gesetzgeber dann ohnehin erwartet werden müsse.¹³⁴ Verfassungsrechtlich unproblematisch ist es jedenfalls, wenn der Gesetzgeber bloß eine methodisch verfehlte Judikatur (z.B. unzulässige Rechtsfortbildung contra legem) berichtigt. Gleiches gilt auch, wenn ein rechtliches non liquet vorliegt – darf die Rspr. Dezision üben, darf sie der Gesetzgeber erst recht dabei korrigieren. Insofern erscheint es in diesem Lichte sinnvoll, wenn das Gericht festhält, dass es die gegenteilige Lösung für gleich gut vertretbar gehalten hat, anstatt falsche Eindeutigkeit vorzuschützen, weil dies es – jedenfalls praktisch und politisch betrachtet¹³⁵ – dem Gesetzgeber erleichtern mag, allfällig korrigierend einzugreifen.

Nach alledem ist festzuhalten, dass die Folgenverantwortung – jedenfalls im zivilrechtlichen Kontext – somit immer auf den Gesetzgeber zurückgeführt werden kann.

Ist eine gesetzliche Regelung (mehr oder minder) eindeutig, bestünde für das Gericht – sofern man sich im Rahmen gängiger Methodenlehre bewegen will – ohnehin kein Spielraum, von dieser abzuweichen und die Verantwortung für die Regelung trägt der Gesetzgeber.

Wenn ein (eindeutiges) Auslegungsergebnis nicht oder bloß schwer zu erzielen ist, gilt selbiges. Auch die unklare Regelung bzw. die Nichtregelung eines Problems ist auf den Gesetzgeber zurückzuführen und gerade in jenen Fällen steht ihm die Möglichkeit zu, korrigierend einzugreifen und ungewollte Folgen abzuwenden. Dass eine authentische Interpretation für den Gesetzgeber nicht immer politisch „angenehm“ sein mag, ist sicherlich richtig. Doch ist es fraglich, ob es die Aufgabe des Gerichts oder der Methodenlehre sein soll, dem Gesetzgeber allfällig unangenehme Entscheidungen

133 G. Kodek (Fn. 1), § 8 Rn. 3.

134 A. Vonkilch/J. Kehrler (Fn. 3), § 8 Rn. 7 m. w. N..

135 Natürlich ist der VfGH an solche Ausführungen des Gerichts nicht gebunden.

abzunehmen. Vielmehr lautet der klassische Auftrag der Rspr., möglichst rechtsrichtig zu entscheiden.¹³⁶

V. Resümee und Ausblick

Nach der hier vertretenen Ansicht können rückwirkende wirtschaftliche Folgen im österreichischen Privatrecht bloß dann berücksichtigt werden, wenn der Richter zur Dezision berechtigt ist sowie wenn er die Rolle des „echten“ Komplementärgesetzgebers wahrnimmt.

Sollte man ein rechtspolitisches Bedürfnis für die Abmilderung von rückwirkenden Entscheidungsfolgen erkennen wollen und befürchten, dass das vorhandene Instrumentarium unzureichend ist, erscheint die juristische Methodenlehre als falscher Platz dafür. Vielmehr sollte man dann überlegen, auf verfahrensrechtlicher Ebene ein klar umrissenes Instrument zu schaffen, welches insb. sicherstellt, dass dieses nicht missbraucht wird und ein Einfallstor für ungebührliche Einflussnahme darstellt. Anleihen könnte man grds. beim EuGH nehmen, auch wenn dessen System selbst nicht frei von Kritik in der Ausgestaltung ist.¹³⁷ Dass sich ein solches Instrument nicht ohne Weiteres in die österreichische Verfahrensordnung integrieren lassen und mitunter mit geltenden Regeln des Verfahrensrechts konfliktieren wird, mag nicht weiter überraschen. Einer rechtspolitischen Diskussion kann dies aber grds. nicht im Wege stehen. Problematischer könnten wohl eher verfassungs- und insb. europarechtliche Bedenken sein – erinnert sei an *Gutiérrez Naranjo*.¹³⁸ Gegen ein solches Instrument könnte man einwenden, dass dieses zu einer strukturellen Bevorzugung systemrelevanter Wirtschaftsteilnehmer wie Banken zu Lasten der Übrigen führen könnte. Dieser Einwand ist auf den ersten Blick nicht von der Hand zu weisen. Gleichzeitig könnte aber ein entsprechend – vor allem mit Darlegungs- oder Beweispflichten – ausgestalteter Mechanismus auch den „wirtschaftlichen Druck“ in jenen Fällen von den Höchstgerichten nehmen, in denen die massiven wirtschaftlichen Auswirkungen bloß behauptet werden.

136 Vgl. bloß *F. Bydlinski*, Gegen die „Zeitzündertheorien“ bei der Rechtsprechungsänderung nach staatlichem und europäischem Recht....., JBI 2001, 1 (1).

137 Vgl. dazu bspw. *A. Wiedmann*, Zeitlos wie ungeklärt: Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG, EuZW 2007, 692.

138 EuGH C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo*).

Zu guter Letzt sei angemerkt, dass das Fehlen eines solchen Instruments wohl gleichsam ein Zeichen dafür ist, dass bei der Rechtsanwendung solche Erwägungen hintanstellen sollten. Würde der Gesetzgeber wollen, dass Gerichte Derartiges berücksichtigen, hätte er wohl längst ein entsprechendes Instrument geschaffen. Erinnert sei i.d.Z., dass der österreichische Gesetzgeber trotz umfänglicher wissenschaftlicher Diskussion¹³⁹ bisher auch keine Notwendigkeit gesehen hat, bei einer Rechtsprechungsänderung für Vertrauensschutz zu sorgen.

139 Vgl. die Nw. bei F. Bydlinski, *Zeitzündertheorien* (Fn. 136), 1.

Wirklichkeit und Methodik

Empirische Entscheidungsanalyse

Die qualitative Inhaltsanalyse als Methodik für die Auswertung von Entscheidungen

Tristan Rohner*

I. Entscheidungsanalyse ohne Methode?

Entscheidungsanalysen gehören zum Kerninhalt der Rechtswissenschaft. Doch wie kommt man vom Text des Urteils zu einem Analyseergebnis? Welche Gedanken- oder Arbeitsschritte sollte man durchlaufen? Oder anders formuliert: Welche Methode liegt einer Entscheidungsanalyse zu Grunde? Eine kanonisierte methodische Vorgehensweise hat sich für die Auswertung von Entscheidungen bislang nicht herausgebildet. In vielen Fällen erfolgt die Analyse anhand eines intuitiven Vorgehens. Teilweise werden Entscheidungen zusammengefasst und bewertet. Manchmal werden die Entscheidungen nach Schlagworten durchsucht. Die Frage nach der methodischen Vorgehensweise bleibt in rechtswissenschaftlichen Arbeiten meistens gänzlich unbeantwortet.¹ Die durchlaufenen Arbeitsschritte werden nicht oder nur unvollständig offengelegt.

In anderen Wissenschaften wäre das undenkbar. Ausführungen zur Methode und eine Reflektion derselben gehören dort zum essentiellen Inhalt von wissenschaftlichen Veröffentlichungen. Dies gilt beispielsweise für die Naturwissenschaften, die Ökonomie, aber auch für die Sozialwissenschaften. Für rechtswissenschaftliche Entscheidungsanalysen lässt sich gerade im Vergleich mit anderen Wissenschaften ein methodisches Defizit diagnostizieren. Dies kann zu verschiedenen Problemen führen. Ohne Methode ist die Forschung weniger objektiv, schlechter nachvollziehbar und fehleranfälliger. So kann es in der Entscheidungsanalyse dazu kommen, dass nur Entscheidungen ausgewertet werden, die das vorher bewusst oder

* Prof. Dr. jur., Juniorprofessor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht in der digitalen Gesellschaft an der Bucerius Law School.

1 Vgl. T. Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, Baden-Baden 2023, S. 74; M. Konrad, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, Berlin 2019, S. 82.

unbewusst befürwortete Ergebnis stützen. Auch innerhalb einer analysierten Entscheidung besteht ohne klares Ablaufprogramm der Untersuchung das Risiko, dass nur vereinzelte Textstellen analysiert werden und andere, vielleicht nicht offensichtlich relevante Textstellen, übersehen werden. Stehen sich mehrere Entscheidungsanalysen mit unterschiedlichem Ergebnis gegenüber, bleibt unklar, warum diese zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen sind. Ohne konsequente Offenlegung der Arbeitsschritte kann der Analyseprozess nicht lückenlos nachvollzogen und keinem Diskurs unterworfen werden.

Diese Probleme lassen sich mit Methoden aus den empirischen Sozialwissenschaften lösen. Dort haben sich unter dem Oberbegriff der Inhaltsanalyse verschiedene Methoden für die Analyse von Texten herausgebildet, die auf die Auswertung von Kommunikationsmedien Anwendung finden. Die Methoden stellen formalisierte und regelgeleitete Ablaufprogramme zur Verfügung, die eine intersubjektiv nachvollziehbare Analyse von Texten ermöglichen und systematisch-methodisch Informationen aus Texten sammeln.² Diese lassen sich für die Rechtswissenschaft nutzbar machen, denn jede Entscheidungsanalyse ist empirische Forschung und jede Entscheidung ist Kommunikation.³

Dieser Beitrag stellt dar, wie empirische Methoden aus den Sozialwissenschaften für Entscheidungsanalysen nutzbar gemacht werden können. So werden folgende Forschungsfragen beantwortet:

- Sollten Entscheidungsanalysen stärker einer regelgeleiteten empirischen Methode folgen?
- Wie können die Methoden der qualitativen Inhaltsanalyse hierfür angepasst werden?

Um die erste Frage zu beantworten, wird zunächst gezeigt, dass die Durchführung und Offenlegung eines methodischen Vorgehens zum Inbegriff einer Wissenschaft zählen und warum die Inhaltsanalyse auf rechtswissenschaftliche Entscheidungsanalysen übertragbar ist (hierzu II.). Sodann wird ein Blick auf die Methoden der qualitativen Inhaltsanalyse geworfen (hierzu III.). Auf dieser Grundlage wird die zweite Forschungsfrage beantwortet. Hierfür werden anhand der inhaltlich strukturierenden qualitativen Inhaltsanalyse aus den Sozialwissenschaften die Arbeitsschritte einer empi-

2 M. Häder, Empirische Sozialforschung, Wiesbaden 2019, S. 16.

3 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 75.

rischen Entscheidungsanalyse entwickelt (dazu IV).⁴ Ein Fazit schließt den Beitrag ab (V.).

II. Empirische Methoden in der Entscheidungsanalyse

Methodisches Vorgehen macht Wissenschaft aus. Um auch Entscheidungsanalysen einer stärker regelgeleiteten Vorgehensweise zu unterwerfen, kann auf die empirischen Methoden der Inhaltsanalyse zurückgegriffen werden. Dies ergibt sich daraus, dass Entscheidungen als Rechtstatsachen mit kommunikativen Elementen dem herkömmlichen Gegenstand der Inhaltsanalyse nahekommen. Gleichzeitig sind dabei Zweck und Grenzen empirischer Methoden zu beachten, die nicht für die stärker normativen Schlüsse in der Rechtswissenschaft herangezogen werden können.

1. Wissenschaft und Methode

Wissenschaft braucht Methode. So sieht es das Bundesverfassungsgericht, wenn es Wissenschaft und speziell Forschung im Kontext des Art. 5 Abs. 3 GG als "die geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen" definiert.⁵ Das Bundesverfassungsgericht wird hier notwendigerweise präskriptiv methodologisch tätig, indem es der Wissenschaft vorschreibt, wie sie zu betreiben ist, wenn sie denn Wissenschaft (im Sinne des Grundgesetzes) sein will. Die Methodologie ist jedoch auch eine eigene Disziplin, die sich als Metawissenschaft mit der Frage auseinandersetzt, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit ein bestimmtes Vorgehen als wissenschaftlich bezeichnet werden kann.⁶ Wollte man in der Methodologie einen präskriptiven Ansatz verfolgen, so ließe sich die Forderung nach einem methodischen Vorgehen als Minimalkonsens beschreiben. Selbst der vielleicht bekannteste Kritiker der Methodenstrenge, Paul Feyerabend, stellt sich in seinem passend betitelten Werk „Against Method“ nicht gegen die Durchführung von

4 Diese Methode wurde zuerst entwickelt in Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 73 ff.

5 BVerfGE 35, 79 (113) mit der Definition übernommen aus dem Bundesbericht Forschung III BT.-Drucks. V/4335 S. 4.

6 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 315; M. Boumans/J. Davis, Economic Methodology, Basingstoke 2016, S. 3.

Methoden schlechthin, sondern nur gegen den allgemeinen Gültigkeitsanspruch einzelner Methoden.

“The idea of a method that contains firm, unchanging, and absolutely binding principles for conducting the business of science meets considerable difficulty when confronted with the results of historical research. We find, then, that there is not a single rule, however plausible, and however firmly grounded in epistemology, that is not violated at some time or other. It becomes evident that such violations are not accidental events, they are not results of insufficient knowledge or of inattention which might have been avoided. On the contrary, we see that they are necessary for progress.”⁷

Es wird nur der Methodenzwang, nicht aber – trotz des scheinbar klaren Titels seines Werks – die Anwendung von Methoden an sich in Frage gestellt.⁸

Unter einer Methode ist allgemeinsprachlich jedes regelhafte Verfahren zur Erlangung von Erkenntnissen zu verstehen.⁹ Die einhellige Auffassung, dass methodisches Vorgehen – in welcher Form auch immer – den Kern der Wissenschaft darstellt, stützt sich auf die durch sie vermittelte Objektivität.¹⁰ Die Objektivität ergibt sich daraus, dass ein regelgeleitetes Vorgehen die Unabhängigkeit der betriebenen Forschung von den Personen der Forschenden herstellt.¹¹ Die Forschung soll dadurch frei von vorgefassten Meinungen und nicht nur subjektiver Eindruck sein. Diese Trennung von der Person, die die Forschung durchführt, ermöglicht nicht nur die intersubjektive Nachvollziehbarkeit der Forschungsergebnisse, sondern auch des Forschungsprozesses.¹² Das Vorgehen, das Einhalten der Methode und die logischen Schlüsse, die zu den Ergebnissen führen, können wiederholt, nachvollzogen und überprüft werden. Erst dieser Schritt ermöglicht einen wissenschaftlichen Diskurs. Ohne Methode würde sich dieser auf die Ergebnisse beschränken und wäre in viel geringerem Ausmaß zielführend.

7 P. Feyerabend, *Against Method*, Berkley/Rom 1993, S. 20.

8 Vgl. auch S. Jamie, *The Revolt Against Rationalism: Feyerabend's Critical Philosophy*, *Studies in History and Philosophy of Science Part A*. 80 2020, 113.

9 Vgl. bspw. nach Duden, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Methode> (zuletzt abgerufen am 30.9.2023).

10 Speziell für die Entscheidungsanalyse J. Limbach, *Die sozialwissenschaftliche Inhaltsanalyse richterlicher Entscheidungen*, JA 1976, 119 (120).

11 M. Dederichs/R. Christensen, *Inhaltsanalyse von Entscheidungsgründen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, *Sources of Language and Law*, S. 8.

12 P. Mayring, *Qualitative Inhaltsanalyse*, Weinheim und Basel 2015, S. 13.

Widersprüchliche Ergebnisse könnten schwerer erklärt werden. Es könnte keinerlei Kritik am Vorgehen geäußert und dieses damit auch nicht weiterentwickelt werden.¹³ Sieht man diesen Diskurs als wesentlichen Inhalt einer jeden Wissenschaft, ist ein methodisches Vorgehen unabdingbar.

Es ist nicht selbstverständlich, Entscheidungsanalysen anhand einer Methode durchzuführen. Oftmals werden Entscheidungsanalysen durchgeführt, ohne eine bestimmte Methode zu benennen oder ein bestimmtes methodisches Vorgehen offenzulegen.¹⁴ Das schließt nicht aus, dass eine Methode durchgeführt wird. Es existieren vereinzelt Methoden für Entscheidungsanalysen.¹⁵ Oftmals ist davon auszugehen, dass eine hermeneutische Analyse ohne klare Arbeitsschritte durchgeführt wird.¹⁶ Auch ohne Benennung einer Methode und ihrer Arbeitsschritte durchlaufen die Analysen zumindest teilweise die gleichen Arbeitsschritte, die sich auch aus einer stärker formalisierten Methode ergeben. Deswegen sind solche Analysen auch nicht per se als unwissenschaftlich zu verwerfen. Ob eine Methode angewendet wurde, kann selten anhand binärer Logik beurteilt werden. In der Forschung werden wenige Beispiele anzutreffen sein, in denen eine perfekt ausdifferenzierte Methode angewendet wird, die jeden einzelnen noch so kleinen tatsächlichen oder gedanklichen Schritt offenlegt. Gleichmaßen sind auch selten wissenschaftliche Ausarbeitungen zu finden, die jeglichen methodischen Ansatz vermissen lassen. Zwischen diesen beiden Extremen existiert eine Skala der Methodenprägung von Forschung. Je ausdifferenzierter und kleinteiliger die offengelegten Arbeitsschritte sind, desto methodengeprägter ist die jeweilige Forschung. Dies zeigt sich auch jetzt schon in juristischen Entscheidungsanalysen, die die Ergebnisse begründen und auszugsweise zeigen, wie sie vom Text zu dem jeweiligen Ergebnis gekommen sind. Das Vorgehen ist meist zweckmäßigen Regeln unterworfen. Dennoch macht dies zumindest die Benennung und Offenlegung der Methode mit ihren Arbeitsschritten nicht obsolet. Insofern gibt es Raum für eine Weiterentwicklung der Methodendiskussion für die juristische Entscheidungsanalyse. Konsequent wäre es, wie in anderen Wissenschaften, allen rechtswissenschaftlichen Ausarbeitungen einen eigenen Methodenteil beizufügen.

13 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 76.

14 Konrad, Ministererlaubnis (Fn. 1), S. 82.

15 Vgl. bspw. U. Neumann, Juristische Argumentationstheorie, Baden-Baden 2023, S. 167 ff.

16 Konrad, Ministererlaubnis (Fn. 1), S. 82.

2. Entscheidungsanalyse als Inhaltsanalyse

Bei der Suche nach einer stärker regelgeleiteten Methode für die Entscheidungsanalyse liegt eine Anlehnung an die Inhaltsanalyse aus den empirischen Sozialwissenschaften nahe.¹⁷ In den USA ist diese Verknüpfung von Rechtswissenschaft und empirischen Sozialwissenschaften schon länger etabliert, wie eine Vielzahl von Studien zeigt, die sich bei der Entscheidungsanalyse auch einer Methode der empirischen Sozialwissenschaften, der „Inhaltsanalyse“, bedienen.¹⁸ Auch im deutschsprachigen Raum finden sich vereinzelte Beispiele für die Anwendung dieser Methoden in Entscheidungsanalysen.¹⁹

Die Inhaltsanalyse bezeichnet ein Bündel von Methoden.²⁰ Während eine einheitliche Definition nicht existiert, besteht Einigkeit, dass es sich dabei um die Analyse von Textmaterial handelt, das in Folge von Kommunikation hervorgebracht wird.²¹ Dies ist auf juristische Entscheidungen übertragbar.²²

Eine Entscheidungsanalyse ist empirische Forschung. Sie versucht, systematisch-methodisch Informationen aus den oder über die jeweiligen Entscheidungen zu sammeln.²³ Entscheidungen sind Tatsachen, da sie als Erkenntnisobjekt ein wahrnehmbares bzw. intersubjektiv identifizierbares

17 Vgl. im Überblick auch K. Röhl, *Rechtssoziologie*, Köln 1987, S. 115 ff.

18 M. Hall/R. Wright, *Systematic Content Analysis of Judicial Opinions*, California Law Review 2008, 63.

19 Vgl. zusammenfassend Limbach, *Inhaltsanalyse* (Fn. 10), 353 ff. m.w.N.; H. Rottleuthner, *Inhaltsanalyse juristischer Texte*, in R. Mackensen, & F. Sagebiel (Hrsg.), *Soziologische Analysen: Referate aus den Veranstaltungen der Sektionen der Deutschen Gesellschaft für Soziologie und der ad-hoc-Gruppen beim 19. Deutschen Soziologentag*, Berlin 1979, 793 (795) m.w.N.; sowie im Speziellen M. Dederichs, *Die Methodik des EuGH*, Baden-Baden 2004; Dederichs/Christensen, *Inhaltsanalyse* (Fn. 11); M. Dederichs/R. Christensen, *Inhaltsanalyse als methodisches Instrument zur Untersuchung von Gerichtsentscheidungen, vorgeführt am Beispiel der Rechtsprechung des EuGH*, in: F. Müller/I. Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas. Reflexion der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht*, Berlin 2004, 287; sowie in diesem Band F. Wilke, *Praxis der praktischen Wirksamkeit – Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Verbraucherrecht*, 161.

20 Vgl. für einen Überblick zu den Anwendungsfeldern: Häder, *Sozialforschung* (Fn. 2), S. 343 ff.

21 Mayring, *Inhaltsanalyse* (Fn. 12), S. 30., S. 11; P. Mayring, *Qualitative Content Analysis*, Klagenfurt 2014, S. 43.

22 Vgl. für Beispiele M. Hall/R. Wright, *Content Analysis* (Fn. 18), 63.

23 Häder, *Sozialforschung* (Fn. 2), S. 16.

Korrelat in der Realität besitzen.²⁴ Dies trifft auch auf juristische Entscheidungen zu, da diese oftmals verschriftlicht, in jedem Fall aber äußerlich erkennbar bekanntgegeben werden.²⁵ Entscheidungen unterscheiden sich dennoch von den bisherigen Untersuchungsgegenständen der Inhaltsanalyse. Die Methoden der Inhaltsanalyse werden bisher beispielsweise auf Zeitungsartikel oder Interviews angewendet. Eine juristische Entscheidung unterscheidet sich hiervon maßgeblich, da ihr eine Verbindlichkeit zukommt, die die anderen Untersuchungsgegenstände nicht für sich beanspruchen können. Eine Übertragbarkeit auf juristische Entscheidungen erscheint deswegen rechtfertigungsbedürftig.

Die Übertragbarkeit ergibt sich aus den den Entscheidungstext dominierenden, kommunikativen Elementen. Ein Gericht oder eine Behörde kommuniziert in einer Entscheidung mit den Beteiligten, anderen Entscheidungsinstanzen und der Öffentlichkeit. Gerade Entscheidungen von Obergerichten werden bewusst auch an einen breiteren Adressatenkreis gerichtet. Es wird neben der Rechtsfolge für die Beteiligten auch eine bestimmte Rechtsansicht kommuniziert. Die entscheidenden Personen wollen nicht nur eine Rechtsfolge festlegen, sondern „die Entscheidung eines konkreten Streitfalls rechtfertigen als eine vernünftige und einleuchtende Lösung, die sich im Einklang befindet mit den Bewertungsrichtlinien, welche sich aus den bestehenden gesetzlichen Vorschriften, aus den Entscheidungen anderer Gerichte, aus den im juristischen Schrifttum vertretenen Meinungen und aus anderen für den Rechtsfindungsprozess relevanten Materialien ergeben können“.²⁶ Diesen kommunikativen Elementen kommt in einem Rechtsstaat erhebliche Bedeutung zu. Ohne die Begründung und Veröffentlichung der Entscheidungen fehlt es an Transparenz und Kontrollmöglichkeiten. Ein wissenschaftlicher Diskurs wäre nicht möglich. Entscheidungen unter Ausblendung der kommunikativen Elemente auf ihre Verbindlichkeit zu reduzieren, wäre verkürzt.

Neben der Inhaltsanalyse steht mit der Hermeneutik eine alternative Methode zur Auswertung von Texten zur Verfügung. Die Hermeneutik, wie Gadamer sie im 20. Jahrhundert zu neuer Blüte geführt hat, hat auch in der Rechtswissenschaft – etwa durch Larenz und Esser – tiefe Spuren hin-

24 W. Früh, Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis, Konstanz 1998, S. 25.

25 Vgl. bspw. §§ 311, 313 ZPO.

26 H. Kötz, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, Konstanz 1973, S. 6.

terlassen.²⁷ Oftmals wird sie unbenannt und auch unbewusst als klassische Auslegungsmethode in der Rechtswissenschaft verwendet.²⁸ Unter Hermeneutik versteht man die Lehre der Interpretation, der Auslegung und des Verstehens eines Textes aus sich heraus.²⁹ Im Gegensatz zur regelgeleiteten Inhaltsanalyse hat die Hermeneutik kein festgelegtes Ablaufmodell.³⁰ Auch bei Entscheidungsanalysen ist davon auszugehen, dass diese häufig – ebenfalls unbenannt – einer hermeneutischen Analyse unterzogen werden. Die fehlende Offenlegung, der unbewusste Einsatz und das fehlende Ablaufprogramm machen die Hermeneutik anfälliger für subjektive Prägungen.³¹ Die intersubjektive Nachvollziehbarkeit ist deswegen in geringerem Maße gewährleistet.

Ein Vorteil der Hermeneutik und des fehlenden Ablaufprogramms kann in der vermeintlich größeren Flexibilität der Methode gesehen werden, aufgrund derer die Besonderheiten eines Textes besser berücksichtigt werden können. Die Inhaltsanalyse kann schwer abzubildende Stilelemente wie Sarkasmus und Überspitzungen wegen der starken Formalisierung nicht im gleichen Maße erfassen wie die Hermeneutik.³² Bei Entscheidungsanalysen spielen diese Vorteile aber nur eine zu vernachlässigende Rolle, da juristische Entscheidungen in hohem Maße formalisiert sind und starrere Regeln und Gepflogenheiten für ihr Zustandekommen, für die formale Gestaltung des Inhalts sowie für Formulierungen, Stil und Sprache bestehen. Auch spielt die größere Flexibilität der Hermeneutik eine immer geringere Rolle. Es existieren verschiedenste Formen der Inhaltsanalyse, die stetig weiter-

27 Vgl. H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Berlin 2007; M. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Edelsbach 1981; K. Larenz, *Die Jurisprudenz als verstehende Wissenschaft*, in: S. Meder/G. Carlizzi/C. Sorge (Hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert*, Göttingen 2018, S. 163; J. Esser, *Bedingungen für die Rechtsanwendung*, in: S. Meder/G. Carlizzi/C. Sorge (Hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert*, Göttingen 2018, S. 157.

28 Konrad, *Ministererlaubnis* (Fn. 1), S. 82.

29 Vgl. Kuckartz, *Qualitative Inhaltsanalyse*, 2012, S. 16 ff.

30 Mayring, *Inhaltsanalyse* (Fn. 12), S. 30; vgl. aber auch U. Oevermann/T. Allert/E. Konau/J. Krambeck, *Die Methodologie einer "objektiven Hermeneutik" und ihre allgemeine forschungslogische Bedeutung in den Sozialwissenschaften*, in: H.-G. Söffner (Hrsg.), *Interpretative Verfahren in den Sozial- und Textwissenschaften*, Stuttgart 1979, 353.

31 Vgl. Früh, *Inhaltsanalyse* (Fn. 24), S. 51 f.

32 Konrad, *Ministererlaubnis* (Fn. 1), S. 83.

entwickelt werden. Dabei kann die intersubjektive Nachvollziehbarkeit als großer Vorteil der Inhaltsanalyse beibehalten werden.³³

3. Zweck und Grenzen der Inhaltsanalyse

Empirische Methoden verfolgen den Zweck, das betrachtete Textmaterial auf eine intersubjektiv nachvollziehbare Art aufzubereiten. Gleichzeitig finden sie darin auch ihre Grenze. Eine Bewertung des Textmaterials ist nicht möglich. In der Entscheidungsanalyse können also die häufig in der Rechtswissenschaft anzutreffenden Bewertungen nicht im Wege einer empirischen Methode getroffen werden. Empirische Methoden schließen es aber nicht aus, dass im Anschluss solche Wertungen getroffen werden. Sie liefern die faktische Grundlage für eine evidenzbasierte juristisch-normative Würdigung.³⁴ Erst ein objektiv aufbereitetes Textmaterial lässt eine möglichst objektive Bewertung zu.

Der Einsatz von Methoden der Inhaltsanalyse zur Entscheidungsanalyse verfolgt den Zweck, das Textmaterial, d.h. die Entscheidungen, aufzubereiten. Die Aufbereitung wird dabei einem systematischen und regelgeleiteten und damit wissenschaftlichen Vorgehen unterworfen.³⁵ Eine Reihe logischer Schlüsse soll es ermöglichen, die im Textmaterial verkörperten Inhalte zu ermitteln. Dieser „Inferenz“ genannte Vorgang ist allen Arten der Inhaltsanalyse gemein.³⁶ Die logischen Schlüsse werden in einzelnen Arbeitsschritten formalisiert. Durchführung und Offenlegung dieser Arbeitsschritte machen die Analyse objektiv und intersubjektiv nachvollziehbar. Gleichzeitig eröffnen sie den wissenschaftlichen Diskurs nicht nur über die Ergebnisse der Forschung, sondern auch über den Weg zu diesen Ergebnissen.³⁷ Kommen beispielsweise mehrere Analysen zur gleichen Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen, können diese leichter erklärt und bewertet werden, wenn offengelegt wird, welche Arbeitsschritte durchlaufen wurden. Forschungsvorhaben, die ähnliche Fragestellungen zum Gegenstand haben oder die gleiche Methode anwenden wollen, können sich besser an den

33 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 77.

34 Vgl. zum Begriff und der Bedeutung der Evidenzbasierung: H. Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz, Tübingen 2014, S. 3 f., 6.

35 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 13.

36 Dederichs/Christensen, Inhaltsanalyse (Fn. 11), S. 5.

37 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 13, 61.

offengelegten Arbeitsschritten orientieren, diese zielgerichteter kritisieren und weiterentwickeln.

Zugleich müssen sich die Methoden der Inhaltsanalyse als empirische Methoden auf den Text und dessen Inhalt beschränken. Empirische Methoden können nur überprüfbare synthetische Urteile a posteriori, also Aussagen aufgrund der Erfahrung und Wahrnehmung, treffen.³⁸ Sie verfolgen rein deskriptive Ziele.³⁹ Hier zeigt sich die Grenze zwischen empirischer und juristischer Arbeitsweise. Nicht von den empirischen Methoden umfasst sind normative Aussagen, da die Bewertung nicht Teil der empirischen Methoden ist.⁴⁰ Ob die Entscheidung zutreffend ist oder ob sie gegen Verfassungsrecht verstößt, kann nicht mit empirischen Methoden festgestellt werden. Auch über den Entscheidungsfindungsprozess können diese Methoden keinen Aufschluss geben, wenn dieser nicht korrekt und vollständig in der Entscheidung abgebildet ist. Warum eine Entscheidung mit einem bestimmten Inhalt getroffen wurde, entzieht sich somit ebenfalls der Inhaltsanalyse.⁴¹ Welchen Effekt die Entscheidung haben wird, kann anderen empirischen Methoden zugänglich sein, aber ebenfalls nicht der Inhaltsanalyse.⁴²

Viele juristische Entscheidungsanalysen beschränken sich nicht auf die Darstellung der Entscheidung, sondern bewerten diese auch. Auch wenn die Inhaltsanalyse diesen Arbeitsschritt nicht abbilden kann, sollte sie für diese Forschungsvorhaben nicht vorschnell verworfen werden. Die Inhaltsanalyse ist ein gewinnbringendes Werkzeug für die Aufbereitung des Textmaterials, auf dem die juristische Bewertung aufbaut. Diese Arbeitsteilung zwischen empirischen und daran anschließenden juristischen Methoden bringt viele Vorteile mit sich. Sie verhindert, dass deskriptive Arbeitsschritte mit normativen Arbeitsschritten vermischt werden. Noch bedeutender ist aber, dass die juristischen Wertungen auf einer verlässlichen

38 *Boumans/Davis*, Methodology (Fn. 6), S. 10, 21.

39 *Rottleuthner*, Inhaltsanalyse (Fn. 19), S. 796 f.

40 *Limbach*, Inhaltsanalyse (Fn. 10), 353, *Rohner*, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 265.

41 *Limbach*, Inhaltsanalyse (Fn. 10), 359 ff., kritisch *V. Aubert*, Conscientious Objectors before Norwegian Military Courts, in G. Schubert (Hrsg.), *Judicial Decision-Making*, 1963, S. 201.

42 S. hierzu in diesem Band *U. Palma*, Rechtsprechung als Auslöser von Wirtschaftskrisen!? – Berücksichtigung rückwirkender wirtschaftlicher Folgen im Rahmen der Entscheidungsfindung?, 89, *S. Paas*, Folgenorientierung als „Hoffnungsträger der Rechtsmoderne“ – Über eine wirklichkeitsnahe Methode, die es nicht in den Kanon schaffte, 191.

Tatsachengrundlage aufbauen. Die Wertungen selbst sind schwer objektiv auszugestalten und kaum auf Richtigkeit zu überprüfen. Hier stellen sich andere methodische Probleme, etwa die häufig fehlende Offenlegung von Bewertungskriterien. Diese dem Recht eigenen Probleme können jedoch nicht in gleicher Weise unter Rückgriff auf etablierte Methoden anderer Disziplinen gelöst werden.⁴³ Deswegen sollte zumindest die für sie relevante Tatsachengrundlage auf eine möglichst objektive und intersubjektiv nachvollziehbare Weise ermittelt werden. Nur so können typische Gefahren gebannt werden, die die getroffenen Wertungen in Zweifel ziehen würden. Dies betrifft Fälle, in denen Wertungen ohne Grundlage getroffen werden, beispielsweise wenn die relevanten Entscheidungen auf eine intransparente Weise ausgewählt und deswegen nicht alle relevanten Entscheidungen einbezogen werden. Auch innerhalb einer Entscheidung kann es ohne objektive Aufbereitung des Textmaterials dazu kommen, dass relevante Textstellen nicht berücksichtigt werden.⁴⁴

III. Die qualitative Inhaltsanalyse

Dieser Beitrag behandelt im Speziellen qualitative Methoden der Inhaltsanalyse und ihre Anwendung auf juristische Entscheidungen. Diese eignen sich besonders für die am häufigsten durchgeführten Entscheidungsanalysen. Zunächst werden die Entwicklung und Durchführung dieser Methoden in den empirischen Sozialwissenschaften in ihren Grundzügen dargestellt, bevor diese auf juristische Entscheidungsanalysen übertragen werden.

1. Quantitative und qualitative Inhaltsanalyse

Die Inhaltsanalyse war die methodische Reaktion auf den enormen Anstieg von Medien und Kommunikationsmitteln Anfang des 20. Jahrhunderts.⁴⁵ Um die Masse der Medien zu bewältigen, entwickelte sie sich zunächst

43 Kritisch auch *Limbach*, Inhaltsanalyse (Fn. 10), 361 f.

44 *Rottleuthner*, Inhaltsanalyse (Fn. 19), S. 794.

45 *K. Krippendorff*, Content analysis, Thousand Oaks 2013, S. 11 f.; *P. Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, Forum Qualitative Sozialforschung/Forum: Qualitative Social Research, Vol 1, No 2 (2000).

als quantitative Methode. Deswegen beschreibt eine der ersten Definitionen die Inhaltsanalyse als ein objektives, systematisches und quantitatives Vorgehen zur Beschreibung von Kommunikationsinhalten.⁴⁶ Das quantitative Vorgehen zeichnete sich durch die Verwendung von „Zahlbegriffen und deren In-Beziehung-Setzen durch mathematische Operationen bei der Erhebung oder Auswertung“ aus.⁴⁷ Die quantitativen Verfahren untersuchen nach dieser Definition das zahlenmäßige Aufkommen von Worten, Satzteilen und bestimmten grammatischen, rhetorischen, formalen und stilistischen Merkmalen.⁴⁸ Die Arbeitsschritte dienen dazu, Hypothesen zu überprüfen, indem das Textmaterial verschiedenen Analysekategorien zugeordnet wird. Essentiell für die Zuordnung zu den Kategorien ist ein Codierungsverfahren. Die so gewonnene Zuordnung kann dann statistisch ausgewertet werden.⁴⁹ Grundsätzlich werden dabei alle untersuchten Fälle in ihrer Bedeutung gleichbehandelt.⁵⁰

Eine „qualitative Kritik“ gegenüber diesen rein quantitativen Verfahren kam erst Mitte des 20. Jahrhunderts auf. Sie identifizierte als Probleme der quantitativen Methoden, dass diese oberflächlich bleiben, vorschnell quantifizieren und deswegen unterschwellige Sinnstrukturen nicht erfassen können.⁵¹ Die Reaktion hierauf war die Entwicklung der qualitativen Inhaltsanalyse. Diese zeichnet sich in Abgrenzung zu den quantitativen Methoden dadurch aus, dass sie nicht auf Zahlbegriffe bei der Beschreibung des Materials angewiesen ist, sondern den Fokus auf das Aufdecken von Sinnzusammenhängen legt.⁵² Der Untersuchungsgegenstand bleibt allerdings unverändert. Beide Variationen der Inhaltsanalyse können also die gleiche Realität beschreiben, verwenden hierfür aber eine andere Sprache.⁵³ Die zwischenzeitlich aufgekommene Kritik an dem der Methode ursprünglich zugrundeliegendem nachrichtentechnischen Kommunikationsmodell

46 B. Berelson, *Content analysis in communication research*, New York 1971, S. 18.

47 Mayring, *Inhaltsanalyse* (Fn. 12), S. 17.

48 Dederichs/Christensen, *Inhaltsanalyse* (Fn. 11), S. 11 f.

49 Dederichs/Christensen, *Inhaltsanalyse* (Fn. 11), S. 11.

50 P. Hammer/W. Sage, *Antitrust, Health Care Quality, and the Courts*, *Columbia Law Review* 2002, 545 (561).

51 Mayring, *Inhaltsanalyse* (Fn. 45).

52 Mayring, *Inhaltsanalyse* (Fn. 12), S. 17; vgl. auch T. Klawonn, *Künstliche Intelligenz, Musik und das Urheberrecht*, Tübingen 2023, S. 198.

53 W. Stegmüller, *Theorie und Erfahrung*, Berlin-Heidelberg-New York 1970, S. 16.

konnte nicht durchgreifen, da die Methode auch komplexere Kommunikationsmodelle berücksichtigen kann.⁵⁴

Nachteil der qualitativen Methoden ist, dass der stärkere Fokus auf den Einzelfall verallgemeinernde Aussagen erschwert.⁵⁵ Gerade bei einer großen Menge von Textmaterial ist ihre Durchführung außerdem komplexer und zeitintensiver als bei Anwendung einer quantitativen Methode. Dies ergibt sich auch daraus, dass bei quantitativen Untersuchungen bisher in größerem Umfang auf eine computergestützte Auswertung zurückgegriffen werden kann.⁵⁶

Die quantitativen und qualitativen Methoden stehen somit gleichberechtigt nebeneinander.⁵⁷ Eine strikte Trennung der quantitativen und qualitativen Methoden ist nicht notwendig und überkommen. Quantitative Ansätze bestreiten nicht, dass vor jeder Quantifizierung eine qualitative Vorerfassung des Materials nötig ist.⁵⁸ Qualitative Methoden lassen sich mit quantitativen Elementen kombinieren und erkennen deren Erkenntnismöglichkeiten ausdrücklich an.⁵⁹ Die Grenze zwischen den Ansätzen verschwimmt. Quantitative Methoden können Bedeutungen erfassen. Qualitative Analysen können zahlenmäßige Gewichtungen vornehmen, die gleichzeitig Bedeutung und Kontext des Textmaterials berücksichtigen.⁶⁰ Die Methodenwahl richtet sich primär nach der zu beantwortenden Forschungsfrage. Die Vor- und Nachteile müssen jeweils abgewogen werden. Die hier besprochenen qualitativen Methoden eignen sich dabei besonders für die herkömmlichen Arten der juristischen Entscheidungsanalysen, bei denen die Sinnstrukturen im Mittelpunkt stehen, auf Zahlbegriffe verzichtet und eine überschaubare Zahl von Entscheidungen betrachtet wird.

2. Arten qualitativer Inhaltsanalysen

Die qualitative Inhaltsanalyse ist keine einheitliche Methode, sondern ein Methodenbündel. Dieses vereint verschiedene Methoden, die sich durch unterschiedliche Anwendungszwecke, Ablaufprogramme und Arbeitspro-

54 *Dederichs/Christensen*, Inhaltsanalyse (Fn. 11), S. 6 f.

55 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 20.

56 Vgl. *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 115 ff.

57 Vgl. *Klawonn*, Urheberrecht (Fn. 52), S. 199; *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 34), S. 21.

58 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. S. 20 f.

59 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 50, 61.

60 *Rohner*, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 206 ff.

dukte unterscheiden. Zunächst werden drei Gruppen von qualitativen Methoden der Inhaltsanalyse (Zusammenfassungen, Explikationen und Strukturierungen) nach *Mayring* vorgestellt und Beispiele dafür gegeben, wie diese auch auf Entscheidungsanalysen übertragen werden können.⁶¹

Die erste Gruppe von Methoden betrifft Zusammenfassungen. Diese sollen das gesamte vorliegende Textmaterial in der Form reduzieren, dass alle wesentlichen Inhalte in abstrahierter Form erhalten bleiben.⁶² Die Zusammenfassung bleibt ein Abbild des gesamten Textes, da eine Filterung nicht stattfindet. Zu dieser Gruppe gehören die Zusammenfassung im engeren Sinn und die induktive Kategorienbildung. Letztere beschränkt die Zusammenfassung auf vorher definierte Bestandteile und bildet anhand des so zusammengefassten Textmaterials Kategorien aus.⁶³ Die Zusammenfassung eignet sich besonders für Entscheidungsanalysen, die kein besonderes rechtliches Phänomen, sondern Muster der Rechtsprechung im Allgemeinen untersuchen. Die induktive Kategorienbildung kann besonders dann zielführend sein, wenn neue rechtliche Phänomene, beispielsweise in Form einer neuen richterrechtlichen Rechtsfigur, untersucht werden. Ist eine solche Rechtsfigur bisher noch nicht theoretisch erfasst, erschwert dies die theoriegeleitete Kategorienbildung, sodass Kategorien erst induktiv zu bilden sind.

Explikationen sind Methoden, mit deren Hilfe zu bestimmten Textstellen weiteres Material gesammelt wird, um die Textstelle besser verständlich zu machen.⁶⁴ Unterscheiden lassen sich die enge und weite Kontextanalyse. Die enge Kontextanalyse nutzt für die Erläuterung den Textkontext des jeweiligen Materials, während die weite Kontextanalyse auch andere Textmaterialien hierfür zulässt.⁶⁵ Entscheidungsanalysen können diese Methoden nutzen, um komplexe rechtliche Phänomene in einer Entscheidung anhand anderer Entscheidungen, Gesetzesmaterialien oder der wissenschaftlichen Literatur zu erschließen.

Die letzte Gruppe umfasst Methoden der Strukturierung, die auch als deduktive Methoden Anwendung bezeichnet werden können.⁶⁶ Die formale Strukturierung soll die innere Struktur eines Textes ermitteln. Die inhaltli-

61 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 115 ff, *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 45).

62 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 67, 69 ff.

63 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 85 f.

64 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 67, 90 ff.

65 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 68.

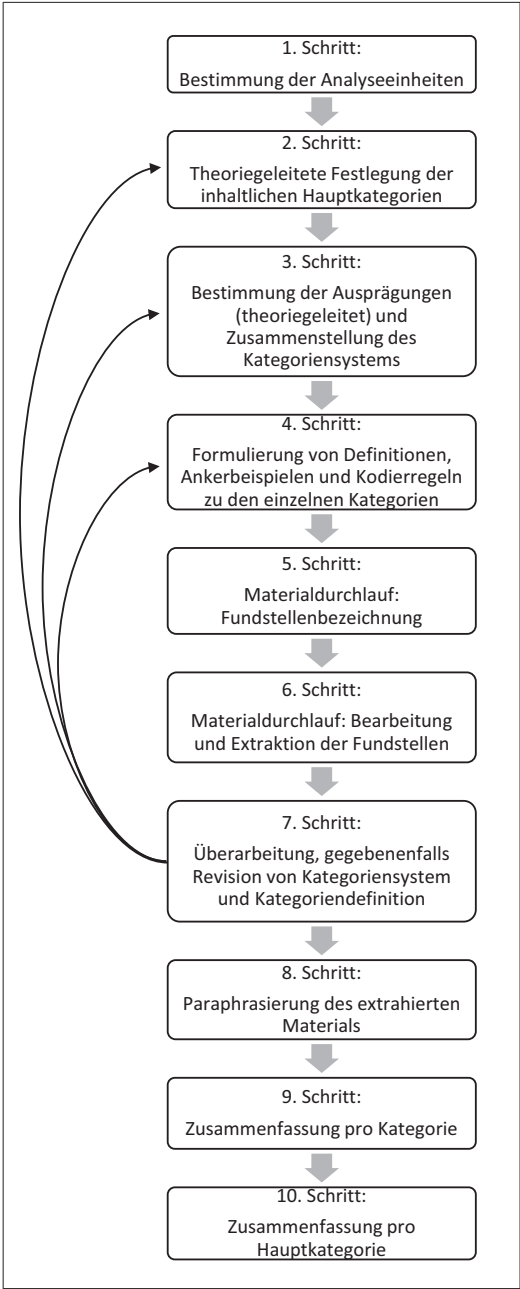
66 Weitere Methoden der Strukturierung sind die typisierende und skalierende Strukturierung, vgl. *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 68 f., 97 ff.

che Strukturierung soll auf Grundlage zuvor theoretisch bestimmter Kategorien aus dem Material bestimmte Inhalte herausfiltern und nutzt einzelne Arbeitsschritte der Zusammenfassung, um die Inhalte stärker zu abstrahieren.⁶⁷ Für viele juristische Entscheidungsanalysen bietet sich die inhaltliche Strukturierung besonders an. Häufiger Gegenstand von Entscheidungsanalysen ist die Darstellung bestimmter Aspekte einer einzelnen Entscheidung und die Diskussion der Argumente und Schlussfolgerungen, die in der Entscheidung getroffen werden. Im Gegensatz zu den Zusammenfassungen ist hierfür gerade nicht ein Abbild des gesamten Textmaterials notwendig, sondern nur einzelner relevanter Textstellen. Die inhaltlich strukturierende Inhaltsanalyse ermöglicht es, die für eine bestimmte Forschungsfrage relevanten Textstellen aus dem Material herauszufiltern und im Anschluss einer juristischen Bewertung zu unterziehen. Die Methode kann in vielen Entscheidungsanalysen dabei helfen, die relevante Tatsachengrundlage zu ermitteln und herauszufiltern. Im Folgenden wird deswegen in Anlehnung an die inhaltlich strukturierende Inhaltsanalyse die Methode der inhaltlich strukturierenden Entscheidungsanalyse entwickelt. Dies schließt aber keineswegs aus, dass auch andere Methoden der qualitativen Inhaltsanalyse gewinnbringend auf juristische Entscheidungsanalysen übertragen werden können. Je nach zu beantwortender Forschungsfrage können diese deutlich besser geeignet sein. Das hier gewählte Beispiel soll zeigen, dass eine Übertragung möglich ist und dazu ermutigen, auch die anderen Methoden auf die juristische Entscheidungsanalyse anzuwenden.

3. Ablaufmodell der inhaltlich strukturierenden Inhaltsanalyse

Die Durchführung der inhaltlich strukturierenden Inhaltsanalyse lässt sich am besten mit Hilfe eines Ablaufmodells skizzieren.

67 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 67.



Dieses Ablaufmodell kann für die juristische inhaltlich strukturierende Entscheidungsanalyse modifiziert und an einigen Stellen vereinfacht werden.

IV. Arbeitsschritte einer empirischen Entscheidungsanalyse

Eine inhaltlich strukturierende Entscheidungsanalyse muss die Besonderheiten des analysierten Textmaterials berücksichtigen. Hieraus ergeben sich ein modifiziertes Ablaufmodell und modifizierte Arbeitsschritte, die im Folgenden dargestellt werden.

1. Ablaufmodell und Besonderheiten einer inhaltlich strukturierenden Entscheidungsanalyse

Das folgende Ablaufmodell ist eine mögliche Modifikation der inhaltlich strukturierenden Inhaltsanalyse:

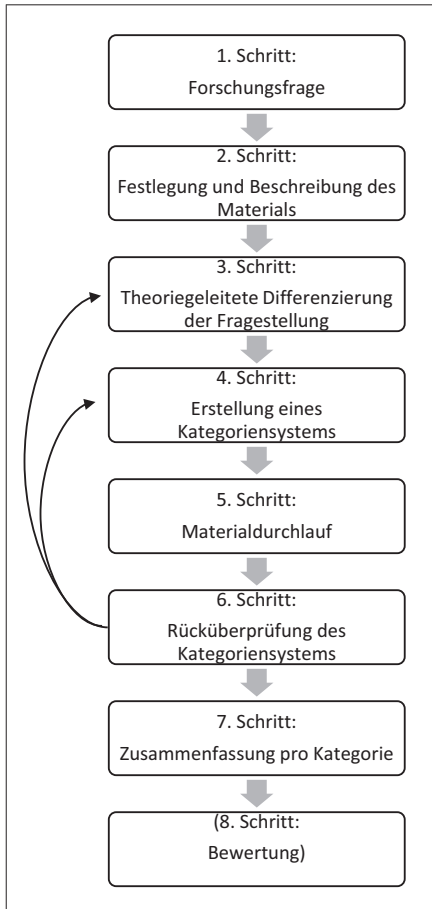


Abbildung 2: Ablaufmodell einer inhaltlich strukturierenden Entscheidungsanalyse

Dieses Ablaufmodell ist, wie alle Ablaufmodelle der qualitativen Inhaltsanalyse, nicht statisch. Es kann und sollte je nach konkretem Anwendungsfall modifiziert werden. Das hier dargestellte Modell ist vereinfacht und kann je nach den Bedürfnissen des jeweiligen Anwendungsfalles weiter ausdifferenziert werden.

Die Anpassungen des dargestellten Ablaufmodells der Entscheidungsanalyse im Vergleich zum Ablaufmodell der Inhaltsanalyse ergeben sich aus der starken Formalisierung des Textmaterials einer juristischen Entscheidungsanalyse. Entscheidungen sind in Aufbau, Sprache und Stil strenger Regeln unterworfen als andere Kommunikationsmittel. Die qualitative Inhaltsanalyse ist offen für Modifikationen. So wird immer hervorgehoben, dass die Methode an die Besonderheiten des Materials

angepasst werden muss. Die Modifikation darf aber nicht dazu führen, dass die intersubjektive Nachvollziehbarkeit der Arbeitsschritte entfällt.⁶⁸

Der erste Schritt der inhaltlich strukturierenden Inhaltsanalyse, die Bestimmung der Analyseeinheiten, findet sich im Ablaufmodell der Entscheidungsanalyse in „2. Schritt: Festlegung und Beschreibung des Materials“ wieder. Dies geht darauf zurück, dass bei der Entscheidungsanalyse stärker standardisierte Merkmale des Textmaterials gegeben sind, die im Vorfeld der Analyse beschrieben werden können, um diese einzugrenzen. So könnte sich beispielsweise die Untersuchung von Gerichtsentscheidungen nur auf die Entscheidungsgründe beschränken. Die Analyseeinheiten werden im Zuge dieser Beschreibung festgelegt.

„Schritt 2: Theoriegeleitete Festlegung der Hauptkategorien“ der inhaltlich strukturierenden Inhaltsanalyse wird ersetzt durch „Schritt 3: Theoriegeleitete Differenzierung der Fragestellung“. Dies ist darauf zurückzuführen, dass in rechtswissenschaftlichen Untersuchungen die Empirie nur einen Teil der Untersuchung darstellt und deswegen sauber von den normativen Fragestellungen getrennt werden muss. Es kann ebenfalls erforderlich sein, die Fragestellung weiter auszudifferenzieren, falls sie noch nicht operationalisierbar ist.

Die Arbeitsschritte 3 (Theoriegeleitete Bestimmung der Ausprägungen und Zusammenstellung des Kategoriensystems) und 4 (Formulierung von Definitionen, Ankerbeispielen und Kodierregeln zu den einzelnen Kategorien) finden sich in Arbeitsschritt 4 (Erstellung eines Kategoriensystems) wieder. Arbeitsschritte 5 (Materialdurchlauf: Fundstellenbezeichnung) und 6 (Materialdurchlauf: Bearbeitung und Extraktion der Fundstellen) werden in Arbeitsschritt 5 (Materialdurchlauf) zusammengefasst. Arbeitsschritt 7 (Überarbeitung, gegebenenfalls Revision von Kategoriensystem und Kategoriendefinition) der inhaltlich strukturierenden Inhaltsanalyse wird zu Arbeitsschritt 6 (Rücküberprüfung des Kategoriensystems) der empirischen Entscheidungsanalyse. Inhaltliche Änderungen ergeben sich hier lediglich im Rahmen der Erstellung des Kategoriensystems. Bei der Entscheidungsanalyse kann auf die Formulierung von Ausprägungen verzichtet werden. Ausprägungen sind markante selbst formulierte Beispiele, die eindeutig zu einer Kategorie gehören.⁶⁹ Sie helfen dabei, Textstellen leichter den Kategorien zuzuordnen.⁷⁰ Hilfreich ist dies, wenn Unsicherheit

68 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 51; Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 80.

69 Vgl. Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 103.

70 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 97.

besteht, wie sich einzelne Inhalte konkret im Textmaterial darstellen können. In der Entscheidungsanalyse wird dies selten nötig sein, da juristische Entscheidungen in ihren Formulierungen klarer sind und insgesamt ein einheitlicheres Vokabular verwendet wird, sodass die Zuordnung auch ohne Formulierung von Ausprägungen möglich ist.⁷¹ Die Zusammenfassung der Arbeitsschritte ergibt sich daraus, dass Entscheidungsanalysen häufig weniger komplex ausfallen als Inhaltsanalysen anderer Kommunikationsmedien. Bei aufwändigeren Entscheidungsanalysen empfiehlt sich die Rückaufspaltung in kleinteiligere Arbeitsschritte.

„Schritt 8: Paraphrasierung des extrahierten Materials“ fällt im Rahmen der Entscheidungsanalyse weg. Die Paraphrasierung dient im Rahmen der Inhaltsanalyse dazu, alle nicht-inhaltstragenden Textbestandteile, insbesondere ausschmückende, wiederholende, verdeutlichende Wendungen, aus dem Textmaterial zu entfernen.⁷² Diese sind jedoch in juristischen Entscheidungen wesentlich seltener enthalten als in Zeitungsartikeln oder der Alltagssprache.

Die Schritte 9 (Zusammenfassung pro Kategorie) und 10 (Zusammenfassung pro Hauptkategorie) werden in Schritt 7 (Zusammenfassung pro Kategorie) zusammengeführt. Bei umfangreicheren Analysen mit Haupt- und Unterkategorien können diese wiederum aufgespalten werden.

2. Die Arbeitsschritte im Einzelnen

Im Folgenden wird genauer und soweit möglich anhand von Beispielen erläutert, welchen Inhalt die einzelnen Arbeitsschritte haben und wie diese durchgeführt werden können. Zentral für die Herstellung der intersubjektiven Nachvollziehbarkeit ist, dass dieser Vorgang in jedem einzelnen Schritt entsprechend dokumentiert wird. Auch wenn nicht unbedingt die vollständige Dokumentation Teil einer möglichen Veröffentlichung wird (oder oft nicht werden kann), ist diese dennoch vorzuhalten. Beispielsweise bei Universitätsbibliotheken stehen besondere Speicherungsmöglichkeiten für das bearbeitete Material bereit.

71 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 83.

72 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 72.

a) 1. Schritt: Forschungsfrage

Zu Beginn steht die Formulierung der Forschungsfrage. Während das für die empirischen Sozialwissenschaften selbstverständlich ist, findet sich dieser Arbeitsschritt nicht in jeder juristischen Arbeit. Zumindest ein Teil der Forschungsfrage muss durch eine Entscheidungsanalyse zu beantworten sein, damit die Durchführung einer empirischen Entscheidungsanalyse Sinn ergibt. Nicht notwendig ist indes, dass die Forschungsfrage sich auf ein rein deskriptives Erkenntnisinteresse beschränkt. Die empirische Entscheidungsanalyse kann auch als Vorstufe zu einer juristischen Bewertung eingesetzt werden.⁷³

b) 2. Schritt: Festlegung und Beschreibung des Materials

Sodann werden die zu untersuchenden Entscheidungen festgelegt und in ihrem Kontext und ihren formalen Merkmalen beschrieben. In diesem Arbeitsschritt muss festgelegt und damit offengelegt werden, welche Entscheidungen in sachlicher und zeitlicher Hinsicht untersucht werden.⁷⁴ Grundsätzlich richtet sich dies nach der Forschungsfrage und der Praktikabilität der Analyse. Aber auch bei gleichbleibender Forschungsfrage können verschiedene Entscheidungen oder unterschiedliche Zeiträume gewählt werden. So kann beispielsweise eine Analyse zur Forschungsfrage nur obergerichtliche Entscheidungen betreffen, da diesen die größte praktische Bedeutung zukommt. Denkbar wäre aber ebenso – zur Beantwortung der gleichen Forschungsfrage – auch instanzgerichtliche Entscheidungen heranzuziehen, um die gesamte Breite der entschiedenen Fälle abzubilden. Je nach Auswahl kann die Analyse zu anderen Ergebnissen führen. In vielen Fällen gibt es hier keine „richtige“ Auswahlentscheidung. Wichtig ist, Transparenz herzustellen und die Auswahl zu begründen. Nur so bleibt die Analyse nachvollziehbar.

Bei der Beschreibung sollten die wichtigsten Charakteristika wie Kontext, Entstehungsgeschichte und Form offengelegt werden.⁷⁵ Dies betrifft beispielsweise den Aufbau der Entscheidungen. Wenn sich bei Behördenentscheidungen die rechtliche Würdigung vom Rest der Entscheidung trennen lässt und nur diese untersucht werden soll, ist dies hier darzustellen.

⁷³ S.o. II.3. und Schritt 8: Bewertung.

⁷⁴ Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 81.

⁷⁵ Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 54.

Besondere Bedeutung kommt bei juristischen Entscheidungen dem Kontext und der Entstehungsgeschichte zu. Reiht sich die Entscheidung in eine längere Entwicklung der Rechtsprechung ein, die nicht vollständig untersucht werden kann? Geht der Entscheidung eine Neufassung des Gesetzes voraus? Diese Fragen müssen hier beantwortet werden, um die so gewonnenen Informationen später berücksichtigen zu können.

In diesem Schritt werden auch die Analyseeinheiten festgelegt. Die Analyseeinheit ist die kleinste zu untersuchende Texteinheit.⁷⁶ Es stellt sich also die Frage, ob ganze Absätze, Randnummern, Sätze oder noch kleinere Einheiten aus dem Text gefiltert werden sollen. Je spezifischer die Forschungsfrage ausgestaltet ist, desto kleinteiliger sind die relevanten Analyseeinheiten zu wählen. Wenn beispielsweise nach allen Textstellen gesucht wird, die sich mit der gestörten Gesamtschuld auseinandersetzen, genügt das Herausfiltern von ganzen Randnummern. Sollen hingegen alle Textstellen gefunden werden, in denen Vertrauensschutzgesichtspunkte in der Argumentation angeführt werden, kann es nötig sein, als Analyseeinheit Sätze oder sogar Satzteile festzulegen.

c) 3. Schritt: Theoriegeleitete Differenzierung der Fragestellung

Im dritten Schritt wird die Fragestellung theoriegeleitet differenziert.⁷⁷ Dies dient dazu, die Analyse zu lenken und auf die relevanten Textstellen zu fokussieren. Die Analyse soll nicht „blind“ erfolgen.⁷⁸ Bei der inhaltlich strukturierenden Entscheidungsanalyse kommt diesem Schritt eine besondere Bedeutung zu, da die Methode dazu dient, ganz bestimmte vorher definierte Textstellen aus dem Material zu filtern.

Die übergreifende Forschungsfrage wird dabei in Einzelfragen aufgespalten, die anhand der Entscheidungsanalyse beantwortet werden können. Dies dient zum einen dem Zweck, die Forschungsfrage zu operationalisieren. Deswegen sollte grundsätzlich darauf geachtet werden, eine möglichst kleinteilige Ausdifferenzierung vorzunehmen. Die Grenze stellen Praktikabilität und Zweckmäßigkeit dar.

76 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 15.

77 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 58 f., Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 81.

78 Wortwahl nach A. Engert in seiner Festrede anlässlich der Eröffnung der 33. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft am 13.9.2023.

Die Ausdifferenzierung stellt aber auch die Relevanz der Untersuchung sicher.⁷⁹ Sie erfolgt deswegen unter Berücksichtigung vorhergehender wissenschaftlicher Arbeiten und eigener theoretischer Vorüberlegungen. Dabei müssen zunächst die relevanten Teilaspekte der Fragestellung identifiziert werden. Welche Fragen sind noch unbeantwortet? Welchen Aspekten kommt Bedeutung auch über den Untersuchungsgegenstand hinaus zu? Welche Punkte sind praxisrelevant? Welche Probleme sind als geklärt anzusehen?

Auch hier gibt es nicht nur ein einziges korrektes Vorgehen. Das Offenlegen des Differenzierungsprozesses ermöglicht aber erst, diesen zu bewerten und die nachfolgende Analyse nachzuvollziehen. Nur auf diese Weise kann beispielsweise erkannt werden, ob alle relevanten theoretischen Vorarbeiten berücksichtigt wurden. Diese theoretischen Vorarbeiten helfen schließlich auch bei der Auswertung der Ergebnisse.⁸⁰

d) 4. Schritt: Erstellung eines Kategoriensystems

Auf Grundlage der ausdifferenzierten Fragestellung wird ein Kategoriensystem erstellt. Dieses dient als „Sieb“, um die relevanten Textstellen aus dem Material herauszufiltern. Das Kategoriensystem enthält zu jeder Teilfrage Haupt- und gegebenenfalls Unterkategorien, Definitionen, Ankerbeispiele und Abgrenzungsregeln.⁸¹ Erst diese Festlegungen machen den Interpretationsvorgang transparent, regelgeleitet und damit intersubjektiv nachvollziehbar.⁸² Der Arbeitsschritt ist abhängig von der Ausdifferenzierung der Fragestellungen. Eine klare Trennung erscheint nicht möglich. So kann auch im Wege des Bildens von zusätzlichen Kategorien die Fragestellung weiter ausdifferenziert werden.

Zu jeder ausdifferenzierten Einzelfrage wird mindestens eine Kategorie gebildet. Eine weitere Ausdifferenzierung ist möglich, indem mehrere (Unter-)Kategorien gebildet werden. Die Kategorien bestimmen abstrakt, welche Textstellen für die Beantwortung der spezifischen Teilfrage relevant sind und aus dem Textmaterial extrahiert werden sollen.

Hierfür wird pro Kategorie eine Definition gebildet. Die Definition enthält die abstrakten Kriterien, die eine Textstelle aufweisen muss, um für die

79 *Limbach*, Inhaltsanalyse (Fn. 10), 354.

80 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 13.

81 *Mayring*, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 97.

82 *Rohner*, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 81.

jeweilige Teilfrage relevant zu sein.⁸³ Diese abstrakten Begriffsbestimmungen leiten den Rest der Analyse und machen nachvollziehbar, warum eine bestimmte Textstelle als relevant für die Beantwortung der Forschungsfrage angesehen wird. Wenn beispielsweise die Teilfrage beantwortet werden soll, in welchen Situationen das Gericht den Interessen der Verbraucher Vorrang vor Interessen der Unternehmer einräumt, könnte eine Kategorie zu „Überwiegende Verbraucherinteressen“ eine Definition mit den folgenden Kriterien enthalten: (1) Abwägungsvorgang, (2) Berücksichtigung des Verbraucherinteresses „Transparenz“, (3) Berücksichtigung des Unternehmerinteresses „Effizienz“, (4) Abwägungsergebnis zu Gunsten der Verbraucherinteressen. In diesem sehr einfach gewählten Beispiel könnten die jeweiligen Interessen noch weiter ausdifferenziert und definiert werden. Außerdem ist es möglich, Unterkategorien zu bilden, die das Ausmaß des Überwiegens beschreiben. So könnten Kategorien für weites und einfaches Überwiegen gebildet werden, die sich danach bestimmen lassen, wie viele Argumente und welches Gewicht den Interessen jeweils zugutegekommen sind.

Ergänzt werden die Definitionen durch Ankerbeispiele. Das sind Textstellen, die die Definition besonders eindeutig erfüllen und deswegen typisch für die Zuordnung zu der jeweiligen Kategorie sind. Dies veranschaulicht und konkretisiert die abstrakte Definition und erleichtert die Anwendung.⁸⁴ Wenn sich herausstellt oder abzusehen ist, dass die Abgrenzung zwischen Kategorien nötig ist oder manche Textstellen nicht eindeutig der Definition zugeordnet werden können, sollten Abgrenzungsregeln aufgestellt werden, die genau diese Zweifelsfälle auflösen und dies entsprechend begründen.⁸⁵

e) 5. Schritt: Materialdurchlauf

Auf Grundlage des Kategoriensystems erfolgt der Materialdurchlauf. Der Materialdurchlauf ist die Anwendung des Kategoriensystems auf das Textmaterial.⁸⁶ Im Rahmen dessen wird das Textmaterial Analyseinheit für Analyseinheit durchgegangen und überprüft, ob diese jeweils einer Kate-

83 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 97.

84 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 97.

85 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 97.

86 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 99.

gorie zugeordnet werden kann.⁸⁷ Inhaltlich kommt dieser Vorgang der juristischen Subsumtion nahe. Jede Analyseeinheit wird unter die Definitionen des Kategoriensystems „subsumiert“. Bei einem „Treffer“ wird die Textstelle entsprechend markiert, herauskopiert oder auf andere Weise dokumentiert. Bei dem „Subsumtionsvorgang“ können die Ankerbeispiele und Abgrenzungsregeln als Erläuterungen herangezogen werden. In Zweifelsfällen sollte die Zuordnung einer Textstelle zu einer Kategorie gesondert begründet werden.⁸⁸

f) 6. Schritt: Rücküberprüfung des Kategoriensystems

Begleitend zum Materialdurchlauf kann das Kategoriensystem fortlaufend überarbeitet werden.⁸⁹ So können sich beispielsweise weitere Ankerbeispiele erst im Laufe des Materialdurchlaufs ergeben. Deren Ergänzung ist unproblematisch. Allerdings kann es auch dazu kommen, dass die Definitionen zu den einzelnen Kategorien angepasst werden müssen. Das kann sich beispielsweise dann ergeben, wenn man während des Materialdurchlaufs feststellt, dass eine Definition zu weit gefasst ist und deswegen ihre Filterfunktion nicht erfüllen kann. Hier ist denkbar, dass die Definition angepasst werden muss oder weitere Kategorien eingeführt werden müssen. Die Definition kann aber auch zu eng ausfallen und keinerlei Ergebnisse produzieren. Auch hier kann eine Anpassung notwendig sein.

Diese laufende Rücküberprüfung und Modifizierung des Kategoriensystems ist methodisch vorgesehen. Es ist unproblematisch, die Kategorien zu modifizieren, solange dieser Vorgang offengelegt und entsprechend begründet wird. Wenn allerdings der Inhalt der Kategorien durch Anpassung der Definition notwendig ist, muss der bisher durchgeführte Materialdurchlauf wiederholt werden.

Um Rücküberprüfung und Anpassung während des eigentlichen Materialdurchlaufs möglichst gering zu halten, kann es sich anbieten, eine Vorstudie durchzuführen. Dies ist gerade bei umfangreichem Textmaterial, das arbeitsteilig bearbeitet wird, zweckmäßig. In der Vorstudie wird ein Materialdurchlauf anhand eines Auszuges des Textmaterials vorgenommen. So können beispielsweise von den hundert zu untersuchenden Entscheidungen nur fünf der Vorstudie unterzogen werden. Hiermit wird das Kategori-

⁸⁷ Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 103.

⁸⁸ Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 82.

⁸⁹ Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 98 f.

ensystem einem ersten Test unterzogen und größere Anpassungen können später vermieden werden.

g) 7. Schritt: Zusammenfassung pro Kategorie

Das Ergebnis des Materialdurchlaufs sind die den einzelnen Kategorien zugeordneten Textstellen. Je nach Umfang des Textmaterials kann es zweckmäßig sein, diese zusammenzufassen, um das Material auf den für die Untersuchung relevanten Inhalt zu reduzieren. Das Ergebnis ist eine Zusammenfassung für jede einzelne Kategorie.⁹⁰

Die Zusammenfassung setzt die Festlegung eines Abstraktionsniveaus voraus. Dieses ist nach der zu beantwortenden Fragestellung zu bestimmen.⁹¹ Die Zusammenfassung selbst setzt sich aus Generalisation und Bündelung zusammen. Die Generalisation betrifft alle Textstellen, die noch unter dem Abstraktionsniveau liegen und auf dieses gehoben werden.⁹² Die Abstraktion erfolgt in dieser Weise, dass konkrete Details entfernt werden, aber alle relevanten Textstellen zumindest angedeutet bleiben.⁹³ Die Bündelung schließt sich an die Generalisation an und fasst alle inhaltsgleichen Generalisationen zusammen.⁹⁴

h) 8. Schritt: Bewertung

Der 8. Schritt der Bewertung ist fakultativ und dient lediglich der Illustration, dass im Anschluss an die empirische Methode eine normative Bewertung der Ergebnisse möglich bleibt. Wie bereits geschildert, sind die Ergebnisse der empirischen Entscheidungsanalyse besonders dafür geeignet, als Grundlage für eine normative Einordnung und Bewertung zu dienen. Sie ermöglichen, diese normative Einordnung und Bewertung stärker zu verobjektivieren. Die Bewertung selbst ist jedoch keiner empirischen Methode zugänglich.⁹⁵ In diesem Schritt kann beispielsweise die korrekte Gesetzesanwendung, Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht oder die praktische Umsetzbarkeit der Entscheidung bewertet werden.

90 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 103.

91 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 82.

92 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 71.

93 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 71.

94 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 71.

95 S.o. II.3.

3. Methodischer Mehrwert

Eine empirische Entscheidungsanalyse ist in den Rechtswissenschaften noch nicht etabliert. Der hier entwickelte Vorschlag einer Methode versteht sich nicht als einzig richtiger Ansatz für die Durchführung einer Entscheidungsanalyse. Stattdessen soll die vorgestellte Methode vor allem der Anstoß und ein Beitrag zu einem stärkeren Diskurs über empirische Methoden in den Rechtswissenschaften und der Entscheidungsanalyse sein. Auch deswegen erscheint es nötig, den methodischen Mehrwert im Rückblick auf die vorgestellte Methode besonders hervorzuheben. Darüber hinaus ist sie in diesem Wege gegen mögliche Vorwürfe zu verteidigen, dass sie mit einem erheblichen Aufwand verbunden ist und lediglich Arbeitsschritte formalisiert, die im Rahmen herkömmlicher Entscheidungsanalysen ebenfalls durchgeführt werden.⁹⁶

Zentraler Vorteil der Durchführung dieser regelgeleiteten Methode ist die Herstellung von Objektivität und intersubjektiver Nachvollziehbarkeit. Die Objektivität wird durch die Einhaltung der beschriebenen Arbeitsschritte vermittelt.⁹⁷ Damit wird die Unabhängigkeit von den Personen der Forschenden hergestellt, da deren subjektive Prägungen besser ausgeblendet werden können.⁹⁸ Im Moment der empirischen Untersuchung sind die Forschenden durch Einhaltung der Arbeitsschritte gezwungen, neutraler Betrachter zu sein und ihre Tätigkeit lediglich auf die Beschreibung des Textmaterials zu beschränken, ohne über deren Inhalt zu urteilen.⁹⁹ Hierdurch wird die Entscheidungsanalyse auch intersubjektiv nachvollziehbar. Durch die Festlegung der Arbeitsschritte und deren Inhalte wird nach außen hin deutlich, welchen Gedankenprozess die Forschenden durchlaufen haben, um zu dem jeweiligen Ergebnis zu kommen. Die Kategorien machen transparent, warum welche Inhalte aus den Entscheidungen herausgefiltert werden und anhand welchen Maßstabs dies erfolgt. Hierdurch wird die Analyse auch kontrollierbar. Fehler bei der Durchführung der einzelnen Arbeitsschritte können leichter ermittelt und aufgegriffen werden. So ist eine zielgerichtete Diskussion über die Forschung und nicht nur über die Ergebnisse möglich.¹⁰⁰

96 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 85.

97 Limbach, Inhaltsanalyse (Fn. 10), 354.

98 Dederichs/Christensen, Inhaltsanalyse (Fn. 11), S. 8.

99 Dederichs/Christensen, Inhaltsanalyse (Fn. 11), S. 11.

100 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 85.

Ein weiterer Vorteil, der speziell bei der inhaltlich strukturierenden Entscheidungsanalyse deutlich wird, ist die Strukturierung großer Materialmengen.¹⁰¹ Durch die kategorienbasierte Filterung und die Abstraktion können erhebliche Mengen des Materials stark verknappt dargestellt werden. Gerade bei größeren Mengen von Material ist dies für die Rezeption der Forschung unerlässlich. Andere Forschende müssen nicht in jedem Fall das gesamte Textmaterial selbst sichten. Die Ergebnisse können dann trotzdem – auch in weiterführenden Forschungsvorhaben – genutzt werden. Hinsichtlich einzelner relevanter Ergebnisse kann die Methode auch in Auszügen nachverfolgt werden, statt sich das gesamte Textmaterial selbst zu erschließen.

Hiermit eng verknüpft ist, dass mit Hilfe der Arbeitsschritte eine präzisere Analyse durchgeführt wird. Die Forschenden werden dabei diszipliniert, das gesamte Textmaterial durchzugehen und – Analyseeinheit für Analyseeinheit – jede Textstelle einzeln zu überprüfen. Die Analyse ist lückenlos, alle relevanten Textstellen müssen berücksichtigt werden. Dies kann erhebliche Auswirkungen auf das Ergebnis haben.

Zuletzt ermöglicht die Methode ein arbeitsteiliges Vorgehen. Das Kategoriensystem soll intersubjektiv nachvollziehbar sein. Deswegen können auch Teile des Materialdurchlaufs von anderen Personen durchgeführt werden. So kann arbeitsteilig oder unter Einbeziehung technischer Hilfsmittel eine viel größere Menge an Entscheidungsmaterial bearbeitet werden.¹⁰²

Die Vorteile treten besonders deutlich hervor, wenn man (mögliche) Anwendungsfälle betrachtet. Die konkrete Methode wurde im Rahmen einer kartellrechtlichen Arbeit entwickelt und erprobt.¹⁰³ Dort wurden Entscheidungen der Europäischen Kommission zum Verbot des Marktmachtmissbrauchs nach Art. 102 AEUV daraufhin untersucht, ob dort ein Politikwechsel, bezeichnet als *more economic approach*, umgesetzt wurde. Hierfür wurde theoretisch herausgearbeitet, welche Elemente der *more economic approach* enthält.¹⁰⁴ So konnten entsprechende Kategorien gebildet werden, um alle Textstellen aus dem Material herauszufiltern, die auf eine Umsetzung hindeuten.¹⁰⁵ Auf dieser Grundlage konnten die Anwendungspraxis der Kommission und deren Defizite besser bewertet werden.

101 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 85.

102 Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 45), Mayring, Inhaltsanalyse (Fn. 12), S. 116 ff.

103 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1).

104 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 31 ff.

105 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 90 ff.

Die Kommissionsentscheidungen haben teilweise einen Umfang von mehreren hundert Seiten. Die Umsetzung des *more economic approach* wurde meist anhand einzelner besonders prägnanter Textstellen diskutiert. Im Ergebnis hat sich herausgestellt, dass die Kommission sich zwar in vielen Entscheidungen formal zum *more economic approach* bekannt hat, dessen Inhalte dann aber nur sehr lückenhaft umgesetzt hat.¹⁰⁶ Dies war nur zu ermitteln, indem konsequent jede einzelne Analyseeinheit auf die Übereinstimmung mit den verschiedenen Kategorien überprüft wurde. Gerade weil die Kommission oft eine Übereinstimmung behauptet hat, war es nötig, den Analysevorgang, der zu einem gegenteiligen Ergebnis führte, besonders transparent und intersubjektiv nachvollziehbar zu machen.

Ein weiterer möglicher Anwendungsfall sind die „Dieselklagen“. In diesem Bereich werden ca. 100.000 Verfahren geführt.¹⁰⁷ Wie viele davon in einem – veröffentlichten – Urteil resultieren, ist unklar. Dennoch ist die Zahl des Textmaterials an Entscheidungen riesig.¹⁰⁸ Gleichzeitig besteht ein großes wissenschaftliches Interesse daran, diese Entscheidungen zu analysieren. Das Massenphänomen lässt wie kaum ein anderes Rückschlüsse auf die Entwicklung von Rechtsprechung, die Verfahrensführung und die unterschiedliche Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zu.¹⁰⁹ Eine Analyse in diesem Bereich setzt fast zwingend eine Arbeitsteilung und die Einschaltung von technischen Hilfsmitteln voraus. Außerdem bietet sich die Kombination von qualitativen und quantitativen Methoden an. Mit dem bisher üblichen Vorgehen ist eine solche Analyse kaum zu meistern. Erst ein regelgeleitetes Verfahren unter genauer Anleitung aller Beteiligten macht eine einheitliche Analyse und Auswertung möglich. Die Inhaltsanalyse ist hierfür aufgrund des Einsatzes eines Kategoriensystems besonders gut geeignet.

106 Rohner, Rolle der Ökonomie (Fn. 1), S. 102 f.

107 Zu dieser Zahl bspw. <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/abgas-skandal-bgh-erleichtert-weg-zum-schadenersatz-fuer-diesel-klage/29225906.html> (zuletzt abgerufen am 30.9.2023).

108 Vgl. für einen Überblick M. Heese, Projekt Dieselskandal, abrufbar unter: <https://www.uni-regensburg.de/rechtswissenschaft/buergerliches-recht/heese/projekt-dieselskandal/index.html> (zuletzt abgerufen am 30.9.2023).

109 Vgl. für einen Überblick über mögliche Rechtsprobleme J. Herb/V. Weber, Der „Abgasskandal“ – ein Überblick über klausurrelevante Probleme, JA 2023, 705, 793.

V. Fazit

Zu Beginn des Beitrags standen zwei Forschungsfragen:

- Sollten Entscheidungsanalysen stärker einer regelgeleiteten empirischen Methode folgen?
- Wie können die Methoden der qualitativen Inhaltsanalyse hierfür angepasst werden?

Zur Beantwortung der ersten Forschungsfrage konnte auf die Bedeutung der Methode für die Wissenschaftlichkeit verwiesen werden. Erst ein regelgeleitetes Vorgehen vermittelt Objektivität, Unabhängigkeit von den Forschenden und damit intersubjektive Nachvollziehbarkeit. Zwar finden sich bereits jetzt in Entscheidungsanalysen regelgeleitete Ansätze, es fehlt aber an einheitlichen methodischen Vorgehensweisen und an Transparenz. Die Möglichkeit des Rückgriffs auf empirische Methoden – im Speziellen auf Methoden der Inhaltsanalyse – ergibt sich daraus, dass Entscheidungen Rechtstatsachen sind, die auch Kommunikationsinhalte verkörpern. Damit sind sie dem eigentlichen Untersuchungsgegenstand der Inhaltsanalyse sehr nahe. Eine empirische Entscheidungsanalyse muss sich jedoch immer auf das Textmaterial beschränken und kann keine Bewertungen vornehmen. Hierfür sind andere Methoden zu wählen.

Zur Beantwortung der zweiten Forschungsfrage wurde das Ablaufmodell einer Methode der qualitativen Inhaltsanalyse angepasst, um die inhaltlich strukturierende Entscheidungsanalyse zu entwickeln. Dabei sind Anpassungen nötig, die vor allem auf die Spezifika des Materials und Formalia juristischer Entscheidungen zurückzuführen sind. Hieraus ergibt sich eine flexible Methode, die den zentralen Mehrwert der Inhaltsanalyse beibehält: die intersubjektive Nachvollziehbarkeit.

In erster Linie soll dies ein Anstoß und Beitrag zu einer verstärkten Methodendiskussion sein. Die Übertragung gerade qualitativer Methoden aus den empirischen Sozialwissenschaften bietet sich für die häufigsten Anwendungsfälle der Entscheidungsanalyse an. Letztlich werden schon jetzt hauptsächlich qualitative Analysen getätigt, die auch viele der hier vorgeschlagenen Arbeitsschritte umsetzen. Die Hoffnung ist, dass diese wertvollen Ansätze Eingang finden in stärker regelgeleitete Methoden, um die Rechtswissenschaft mehr zu verobjektivieren und den wissenschaftlichen Diskurs zu stärken.

Praxis der praktischen Wirksamkeit

Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Verbraucherrecht

Felix M. Wilke*

A. Einführung

I. Fragestellung

Die Literatur unterstreicht nicht selten die praktische Bedeutung der „praktischen Wirksamkeit“, des „*effet utile*“, für die Auslegung des Europäischen Verbraucherprivatrechts durch den EuGH.¹ Doch ist das eigentlich so? Es weckt jedenfalls Zweifel, wenn bisweilen die Zahl der Rechtsprechungsnachweise gering ist und/oder diese Nachweise sich bei näherer Betrachtung auf andere Rechtsgebiete beziehen. Anliegen dieses Beitrags ist es, die tatsächliche Verwendung dieser Figur in der Rechtsprechung des EuGH intersubjektiv nachvollziehbar aufzuzeigen.

Die Auslegungs- und Begründungsarbeit des EuGH ist immer wieder ein rotes Tuch für die deutsche (Privat-)Rechtswissenschaft² und der Gedanke des *effet utile* ist insoweit besonders verdächtig. Eine umfassende Untersuchung der Rechtsprechungspraxis hat das Potenzial, eine nüchternere Betrachtung zu ermöglichen. Im Sinne des Oberthemas „Rechtstatsachen im Privatrecht“ geht es also primär um Entscheidungen des EuGH *als* zu untersuchende Rechtstatsachen.³ Auf dieser Grundlage lassen sich dann

* Dr. jur., LL.M. (Michigan).

1 Vgl. die Nachweise im Laufe dieses Beitrags; zweifelnd allerdings O. Remien, Über den Stil des europäischen Privatrechts, RabelsZ 60 (1996), 1, 16 f.

2 Vgl. („desillusionierend“) H. Schulte-Nölke, Elf Amtssprachen, ein Recht?, in: Schulze (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1999, 143, 154; („lange Tradition“ solcher Irritationen) M. Potacs, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465.

3 Ausdrücklich zur Inhaltsanalyse von Gerichtsentscheidungen als Rechtstatsachenforschung im Sinne Nußbaums J. Limbach, Die sozialwissenschaftliche Inhaltsanalyse richterlicher Entscheidungen, JA 1976, 353, 356.

noch Aussagen zum Umgang des EuGH mit der tatsächlichen – eben praktischen – Wirkung des Unionsrechts treffen.⁴

Für eine solche Analyse ist auch Raum. Zwar behandeln bereits drei Monografien die Methoden des EuGH auf der Grundlage einer breiten Auswertung seiner Rechtsprechung,⁵ darunter die von A. von Oettingen und S. Seyr sogar konkret den *effet utile*. Letztere behandeln jedoch gerade nicht den *effet utile* im materiellen Privatrecht der Union.⁶ (Dies nährt die Zweifel.) Gleichsam spiegelbildlich behandelt L. Tomasic in seiner privatrechtlich geprägten Monografie den *effet utile* als Argument an sich, aber ohne umfängliche Auswertung der Rechtsprechung.⁷

II. Untersuchungsbereich: Verbraucherschützendes Richtlinienprivatrecht

Diese Untersuchung behandelt allein Entscheidungen des EuGH zum verbraucherschützenden Richtlinienprivatrecht.⁸ Für einen Beitrag zu einer privatrechtlichen Tagung versteht sich die Beschränkung auf Unionsprivatrecht von selbst, zumal gerade das private Verbraucherschutzrecht in den bislang vorlegten Systematisierungen fehlt.⁹ Es findet sich nach wie vor v.a. in Richtlinien (Art. 288 Abs. 3 AEUV).¹⁰ Richtlinienrecht erscheint als besonders fruchtbares Feld für eine Anwendung des *effet utile*-Arguments. Wegen der Notwendigkeit eines nationalen Umsetzungsakts und etwaiger diesbezüglicher Spielräume stellt sich nämlich die Frage nach einer „praktisch“ wirksamen Lösung tendenziell eher als bei Verordnungsrecht.¹¹

4 Zur tatsächlichen Wirkung von Normen als Untersuchungsgegenstand der Rechtstatsachenforschung A. Nußbaum, Die Rechtstatsachenforschung, 1914 = in: Die Rechtstatsachenforschung, Programmschriften und praktische Beispiele, ausgewählt und eingeleitet von M. Rehinder, Berlin, 1968, 18, 24; A. Nußbaum, Die Rechtstatsachenforschung, AcP 154 (1955), 453, 462.

5 A. von Oettingen, Effet utile und individuelle Rechte im Recht der Europäischen Union, 2010; S. Seyr, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH, 2008; M. Dederichs, Die Methodik des EuGH, 2004.

6 Vgl. insbesondere von Oettingen, Effet utile (Fn. 5), 68 ff.; Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 203.

7 L. Tomasic, Effet utile, 2013, insbesondere 22 ff.

8 Im Detail s.u. B.

9 Vgl. Seyr, *effet utile* (Fn. 5), C. III.; R. Streinz, Der „*effet utile*“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, 1491, 1496 ff.

10 Für Ablösung der Klausel-RL jüngst M. Lehmann/D. Busch, Plädoyer für eine Klauselverordnung, JZ 2023, 640.

11 Vgl. auch Tomasic, Effet utile (Fn. 7), 72.

III. Vorüberlegungen: Begriff(e) und Inhalt des *effet utile*

1. Sprachgebrauch

Nach kundiger Aussage¹² feiert die Formulierung „*effet utile*“ als Teil der deutschen Fassung¹³ einer EuGH-Entscheidung bald 55. Geburtstag. Der EuGH hatte im Jahr 1970 über die etwaige unmittelbare Wirkung einer Entscheidung des Rates zu befinden. Dazu wörtlich: „Insbesondere in den Fällen, in denen etwa die Gemeinschaftsbehörden einen Mitgliedstaat oder alle Mitgliedstaaten durch Entscheidung zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, würde die nützliche Wirkung („*effet utile*“) einer solchen Maßnahme abgeschwächt, wenn die Angehörigen dieses Staates sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten.“¹⁴ Zweierlei fällt sofort ins Auge: „Nützliche Wirkung“, nicht „praktische Wirksamkeit“, und die ergänzende Verwendung der französischen Formulierung im deutschen Text. Wenig überraschend spricht die französische Übersetzung ohne Klammerzusatz vom „*l'effet utile*“. Auf Englisch ist die Rede von „*effectiveness*“: ohne Beiwort, aber wie auf Deutsch mit französischem Klammerzusatz. In der spanischen Fassung steht allein „*efecto útil*“. Die italienische Version verwendet zwar den Begriff „*efficacia*“, aber nicht im gleichen Satzteil; in Bezug auf die konkrete Maßnahme geht es um „*la portata*“ (die Trag-, Reichweite). In der berühmteren Folgeentscheidung zur unmittelbaren Wirkung von nicht korrekt umgesetzten Richtlinien finden sich in allen Sprachfassungen dieselben Begriffe.¹⁵

Diese Divergenzen bereits im Ursprung werfen die Frage auf, inwieweit man der Terminologie Bedeutung zumessen kann. In der (deutschen) Literatur sieht es ähnlich unklar aus. Teils werden alle Begriffe unter einem Hut verwendet,¹⁶ teils „*effet utile*“ auf einen oder mehrere Teilaspekte beschränkt.¹⁷ (Die pleonastische „effektive Wirksamkeit“ scheint allerdings

12 Streinz, „*effet utile*“ (Fn. 9), 1492.

13 Auf Französisch findet er sich bereits in Rs. 34/62, ECLI:EU:C:1963:18, Deutschland/Kommission, 296 (auch unten Fn. 28).

14 EuGH, Rs. 9/70, ECLI:EU:C:1970:78, Grad, Rn. 5.

15 Rs. 41/74, ECLI:EU:C:1974:133, Van Duyn, Rn. 12 (allerdings ohne französischen Klammerzusatz in der englischen Fassung).

16 G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, 2012, 210.

17 Beispielhaft: für „volle Wirksamkeit“ R. Schulze, Einführung, in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, 1999, 9, 13; jedenfalls

Seltenheitswert zu haben.¹⁸⁾ Immer einmal wieder geistert auch die Idee des *effet utile* als Grundsatzes größtmöglicher Wirkung durch deutsche Veröffentlichungen.¹⁹ Der EuGH selbst hat sich, soweit ersichtlich,²⁰ in keiner Entscheidung näher zur genaueren Bedeutung und den Anwendungsbedingungen „des“ *effet utile* geäußert. Auch dies legt eine breit angelegte Analyse der Rechtsprechung nahe, um mehr Klarheit zu erlangen.²¹

Seyr hat für die von ihr untersuchte Rechtsprechung keinen Unterschied in der Sache zwischen „praktischer“ und „voller“ Wirksamkeit nachweisen können, obwohl mehr oder weniger parallele Unterschiede auch in den französischen Urteilsfassungen angelegt sind²² und nach allgemeinem Sprachgebrauch ein Stufenverhältnis naheliegt.²³ Dies rechtfertigt es, auch hier unter „*effet utile*“ als Oberbegriff alle diese Formen zu erfassen – jedenfalls zunächst für die Zwecke der Darstellung der Methode und Ergebnisse; im Verlauf der hiesigen Untersuchung wird der Sprachgebrauch noch einmal hinterfragt.²⁴

2. *effet utile* als Teil der teleologischen Auslegung

Es ist weitgehend konsentiert, dass teleologische Argumente vor dem EuGH häufig den Ausschlag geben²⁵ und dass der *effet utile* zu diesen

für weite Auslegung J. Basedow, EU Private Law, 2021, 624; für „praktische Wirksamkeit“ K. Riesenhuber, § 10, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, Rn. 45; für „praktische“ und gegen maximale Wirksamkeit, jedenfalls zu Lasten des Einzelnen, N. Colneric, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, ZEuP 2005, 225, 228; Gleichsetzung mit „ut res magis valeat...“ R. Bernhardt, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, 1963, 96.

18 T. Henninger, Europäisches Privatrecht und Methode, 2012, 391.

19 Berühmterweise das BVerfG in der Maastricht-Entscheidung, E 89, 155, 209 f. = NJW 1993, 3047 (3057); etwa auch Henninger, Europäisches Privatrecht (Fn. 18), 289.

20 Ebenso auf Grundlage ihrer umfassenden Analyse Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 103 sowie 272.

21 So auch Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 19.

22 „Plein efficacité“ bzw. „plein effet“ vs. „effet utile“.

23 Zum Ganzen Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 281 ff.; auch Potacs, Effet utile (Fn. 2), 467.

24 S.u. D.II.

25 Basedow, EU Private Law (Fn. 17), 623 f.; M. Gebauer, Kap. 3, in: Gebauer/Wiedemann (Hrsg.), Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl., 2021, Rn. 18; Henninger, Europäisches Privatrecht (Fn. 18), 285; Potacs, Effet utile (Fn. 2), 469; Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 72; B. Heiderhoff, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbraucher-vertragsrechts, 2004, 178; Schulte-Nölke, Amtssprachen (Fn. 2), 159; (dabei) konkret für besondere Bedeutung des *effet utile* S. A. E. Martens, Methodenlehre des Unions-

gehört.²⁶ Davon gehe ich für die Zwecke dieser Untersuchung ebenfalls grundsätzlich aus.

Je nach Akzentuierung handelt es sich beim *effet utile* um einen ohnehin bekannten Auslegungsgrundsatz oder um eine Besonderheit des Unionsrechts bzw. des EuGH.²⁷ Schon früh hat der EuGH Interpretationen ausgeschlossen, die einer Norm des Gemeinschaftsrechts „jeglicher Wirksamkeit berauben“ würden.²⁸ Insoweit handelt es sich um einen völkerrechtlichen Satz,²⁹ den der Gerichtshof auf das Gemeinschaftsrecht übertrug.³⁰ Dieser

rechts, 2013, 463; U. Everling, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217, 223; M. Franzen, Auslegung und Fortbildung von privatrechtsangleichenden Richtlinien, in: Weber/Steinbeck/Hennrichs/Ingelfinger/Jacobs/Müller/Raab/Treber (Hrsg.), Europäisierung des Privatrechts: Zwischenbilanz und Perspektiven, 1998, 285, 287; vgl. auch K. Lenaerts/J. A. Gutiérrez-Fons, Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, 2020, Rn. 55; differenzierend Beck, Reasoning (Fn. 16), 287; Dederichs, Methodik (Fn. 5), 90 ff.

26 Riesenhuber, § 10 (Fn. 17), Rn. 45; Martens, Methodenlehre (Fn. 25), 463; Tomasic, Effet utile (Fn. 7), 127 ff.; Henninger, Europäisches Privatrecht (Fn. 18), 289; W.-H. Roth, Europäische Verfassung und europäische Methodenlehre, RabelsZ 75 (2011), 787, 805 f.; S. M. Grundmann, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997, 375; H. Honsell, Der „effet utile“ und der EuGH, in: Bernat/Böhler/Weilinger (Hrsg.), Festschrift Heinz Krejci, 2001, 1929, 1933; M. Zuleeg, Die Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1969, 97, 107; in diese Richtung auch J. Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice, 1993, 252 ff.; für Heiderhoff, Grundstrukturen (Fn. 25), 179, liegt der Grundsatz auf der Grenze zwischen Teleologie und inhaltlicher Ausfüllung des Telos; für Methode *sui generis* Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 275 ff. (letztlich aber „gesteigerte, potenzierte Form der Teleologie“), wobei diese häufig wie das „Zünglein an der Waage“ wirke, 292; gegen „Superteleologie“ ausdrücklich C. Baldus/T. Raff, § 3, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2. Aufl., 2022, Rn. 207; für Teil der systematischen Auslegung allerdings C. Höpfner/B. Rüthers, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1, 12.

27 Für ersteres Schulze, Einführung (Fn. 17), 13; für letzteres etwa Beck, Reasoning (Fn. 16), 316 f.; für (zu) extensive Anwendung einer alten Regel Honsell, „effet utile“ (Fn. 26), 1933 (und *passim*).

28 So in Rs. 71/74, ECLI:EU:C:1975:61, Frucht- und Groentenimporthandel und Frubo, Rn. 30/31; ganz ähnlich auch schon Rs. 34/62, ECLI:EU:C:1963:18, Deutschland/Kommission, 287, 318 – dies erachtet etwa Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 100, als erstes Berufen auf den *effet utile* (so lautet in der Tat die französische Fassung). Für Ausformulierung des *effet utile*-Grundsatzes bereits in *Fédechar Tomasic*, Effet utile (Fn. 7), 12 f.

29 M.w.N. Bernhardt, Auslegung (Fn. 17), 93 f. (für diejenige Auslegung, die am meisten zur Zweckerreichung beiträgt); zur völkerrechtlichen Begriffsgeschichte etwa Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 96 ff.

30 A. Bleckmann, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, 1177, 1180.

Auslegungstopos lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen und besagt letztlich eine Selbstverständlichkeit:³¹ keine Auslegung dahingehend, dass ein normativer Text völlig leer läuft. Über dieses Minimum geht die Rechtsprechung jedoch hinaus, wie auch die folgenden Ausführungen belegen.

B. Untersuchungsmethode

I. Ermittlung des Entscheidungskorpus

Die EuGH-Rechtsprechung auf dem interessierenden Gebiet war vollständig auszuwerten.³² Eine Lektüre aller Entscheidungen im Detail ist utopisch. Unter der Annahme, dass der EuGH durch die Verwendung bestimmter Formulierungen signalisiert,³³ dass er sich des Arguments des *effet utile* bedient, lassen sich entsprechende Entscheidungen mit einer Inhaltsanalyse³⁴ herausfiltern.

1. Werkzeuge

Ein wesentliches Werkzeug zur Ermittlung der einschlägigen Entscheidungen ist die erweiterte Suche des EuGH auf seiner Webpräsenz.³⁵ Für dieses Vorhaben relevant war die Möglichkeit, nach Entscheidungen zu suchen, die in ihrem Tenor bestimmte Unionsrechtsakte nennen: konkret eine der hier interessierenden 16 verbraucherschützenden Richtlinien mit privatrechtlichem Gehalt.³⁶ Dann nämlich handelt es sich mit sehr großer Sicherheit um eine Entscheidung, die (ggf. auch) die Auslegung dieses Rechtsakts betrifft. Erscheint eine hier interessierende Richtlinie dagegen nur in den Gründen, so handelt es sich meistens um ein Vergleichsargument oder auch nur die Wiedergabe der Auffassung eines Beteiligten.

31 Honsell, „*effet utile*“ (Fn. 26), 1930.

32 Ausführlich zu Methodenfragen der Untersuchung einer Vielzahl von (EuGH-)Entscheidungen im Hinblick auf bestimmte Inhalte Dederichs, Methodik (Fn. 5), 13 ff.; M. Herberger, „Ausnahmen sind eng auszulegen“, 2017, 18 ff.

33 Zu Problemen dieser Annahme s.u. D.IV.

34 Instruktiv zu Methodenfragen auch T. Rohner, Empirische Entscheidungsanalyse, in diesem Band, 131; T. Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, 73 ff.

35 <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de#>.

36 Aus Platzgründen wurde von einer Aufzählung an dieser Stelle abgesehen. Siehe die Tabelle unter II.

Der Nachteil der Fokussierung auf die Tenorierung, die letztlich Kapazitätsgründen geschuldet war, liegt gleichwohl in einer möglichen Untererfassung der Entscheidungen. Auch ohne Nennung im Tenor kann eine Entscheidung die Auslegung einer Richtlinie betreffen, namentlich bei einer Unzuständigkeitserklärung des EuGH.³⁷ Es ist nicht von vornherein auszuscheiden, dass er auch in solchen Gestaltungen mit *effet utile* argumentiert.

Die Beschränkung auf die Tenorierung impliziert hingegen keine Beschränkung auf Vorabentscheidungsverfahren. Insbesondere Vertragsverletzungsverfahren bilden ebenfalls einen Teil der Datenbasis. In diesen Fällen erscheint die jeweilige Richtlinie („als Ganzes“) im Tenor.³⁸ *Ex ante* war denkbar, dass das Vertragsverletzungsverfahren einen spezifischen Aspekt einer Richtlinie betrifft, bei dem es dem EuGH gerade auf praktische Wirksamkeit ankommt.

Der auf diese Weise ermittelte Entscheidungskorpus war sodann darauf hin zu untersuchen, in welchen Entscheidungen der EuGH von „*effet utile*“ bzw. „(praktischer/voller) Wirksamkeit“ bzw. „Wirksamkeit/Wirkung berauben“ spricht. Die Wahl gerade dieser Begriffe ergibt sich zum Teil aus den Vorüberlegungen (nicht zuletzt geprägt durch die angeführten Untersuchungen anderer) und zum Teil aus einer Sichtung erster Ergebnisse.³⁹

Nun meint „wirksam“ die Erreichung eines verfolgten Ziels. Auch wenn dies in wesentlichen anderen Arbeiten nicht geschah, schien es angebracht, die Suche auf Formulierungen auszuweiten, wonach unter Umständen ein Ziel in Gefahr geriete (denn gemeint dürfte sein: dessen Erreichung in Gefahr geriete) oder ein bestimmtes Verständnis mit einem oder mehreren Ziel(en) im Einklang stehe bzw. ihm/ihnen zuwider liefe. Diese Ausweitung erfolgte allerdings relativ spät während der Untersuchung. Im Folgenden werden Ergebnisse daher – auch als Warnung vor Nachteilen dieser Methode – teilweise getrennt ausgewiesen: ohne Einbeziehung dieser Formulierungen und mit Einbeziehung.

37 Vgl. EuGH, Rs. C-247/16, ECLI:EU:C:2017:638, Schottelius, zur Verbrauchsgüterkauf-RL. Der EuGH erklärt sich für unzuständig, aber erst nach ausführlicher Befassung (wenn auch ohne *effet utile*) mit dem Richtlinien-text.

38 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-319/98, ECLI:EU:C:1999:105, Kommission/Belgien: „Das Königreich Belgien hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitznutzungsrechten an Immobilien verstoßen, daß [...]“.

39 Zur Terminologie s.o. A.III.1.

Die Umsetzung erfolgte zunächst wiederum mit der Suchmaschine, nämlich durch die Ergänzung der Suchparameter um das kumulative Kriterium des Erscheinens der genannten Begriffe. In Einzelfällen warf die Suche nach „*effet utile*“ in französischen Versionen allerdings Entscheidungen aus, die die Suche nach „praktischer Wirksamkeit“ auf Deutsch nicht ergeben hatte – obwohl genau diese Formulierung in der deutschen Fassung sehr wohl erschien. Die Gründe dafür sind mir unklar. Es kommt darauf aber letztlich nicht an, weil alle Entscheidungen, für die die Suche in der deutschen Version kein positives Ergebnis ergeben hat, „händisch“ mit einer Textsuche kontrolliert wurden.

2. Schwierigkeiten/Korrekturen

In einigen seltenen Fällen waren Doppelungen näher zu würdigen. Es ist ohne Weiteres denkbar, dass eine Entscheidung Aussagen zu zwei verschiedenen Rechtsakten des Verbraucherrechts trifft. So legt der EuGH etwa in Rs. C-778/18, *Association française des usagers de banques*, sowohl die Wohnimmobilienkredit-RL als auch die Zahlungsdienste-RL aus. Die Entscheidung war daher für beide Richtlinien zu erfassen und *jeweils* daraufhin zu untersuchen, ob der Gerichtshof auf den *effet utile* rekurriert.⁴⁰

In anderen Verfahren ging es auch um mehrere Rechtsakte, aber nicht nur um die hier interessierenden Richtlinien. Es konnte dann passieren, dass zwar eine Entscheidung mit einer Tenor-Aussage zu einer relevanten Richtlinie vorliegt, die Argumentation mit *effet utile* in den Gründen allerdings den/einen anderen Rechtsakt betrifft. Zur Illustration: In der Rechtsache *Porsche Inter Auto* legt der EuGH die Verbrauchsgüterkauf-RL aus und argumentiert mit dem *effet utile*.⁴¹ Letzteres geschieht allerdings exklusiv in Bezug auf eine separate Vorlagefrage zur Typgenehmigungs-VO 715/2007. Die Entscheidung war daher zu zählen, aber nicht als positiver Treffer zu werten.

Die Suchmaschine hat zudem „Tenor-Treffer“ ausgegeben, in denen die interessierende Richtlinie nur deshalb auftauchte, weil eine andere Richtlinie Verfahrensgegenstand war, diese Richtlinie aber *auch* die entsprechende erste Richtlinie änderte. Dies betrifft namentlich die Verbraucherrechte-RL, die die Klausel-RL wie die Verbrauchsgüterkauf-RL ändert. Wird sie mit

40 Hier: zu ersterer ja, zu zweiterer nein.

41 EuGH, Rs. C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572, *Porsche Inter Auto*.

ihrem vollen Titel im Tenor aufgeführt, ergibt dies an sich auch einen Treffer für die *geänderte* Richtlinie(n).⁴² Sofern letztere aber nicht Gegenstand des Verfahrens war, war die Entscheidung nicht für diese Richtlinie zu werten.

Schließlich gibt es einige Entscheidungen, die nicht auf Deutsch verfügbar sind. Sie sind gleichwohl Teil des Entscheidungskorpus, soweit sie die übrigen Kriterien erfüllen.

3. Erfasste Informationen über die Entscheidungen

Von den so ermittelten Entscheidungen wurden zunächst die „harten“ Daten „Nummer der Rechtssache“, „Entscheidungsjahr“, „Parteibezeichnung(en)“, „Entscheidungsform“ und „Spruchkörper“ erfasst. Sodann wurde vermerkt, ob und ggf. in welcher/n Randnummer(n) der EuGH auf den *effet utile* rekurriert und ob er referiert,⁴³ dass das vorlegende Gericht oder ein Verfahrensbeteiligter (vgl. Art. 23 Satzung EuGH, Art. 96 VerfO EuGH) sich darauf bezogen hat. Bei den positiven Treffern wurde noch die konkrete Terminologie festgehalten. Außerdem wurde protokolliert, ob es Schlussanträge gab und, wenn ja, ob und ggf. in welcher/n Randnummer(n) die Generalanwält:innen auf den *effet utile* Bezug nahmen.

II. Ergebnis: Datengrundlage

Gegenstand der Untersuchung sind nach alledem 265 Entscheidungen. Sie teilen sich auf die einzelnen Rechtsakte wie in folgender Tabelle aufgeführt auf.

⁴² Bspw. in EuGH, Rs. C-536/20, ECLI:EU:C:2022:112, Tiketa.

⁴³ Eine Untersuchung, ob es entsprechende Äußerungen der Verfahrensbeteiligten gab, ohne dass der EuGH selbst sie erwähnt hätte, erschien zu aufwändig.

Nr.	Rechtsakt	Zahl der Entscheidungen
1985/577	Haustürwiderruf	14
1987/102	Verbraucherkredit (alt)	8
1990/314	Pauschalreise (alt)	13
1993/13	Klauseln	143
1994/47	Timesharing	2
1997/7	Fernabsatz	6
1998/26	Zahlungsdienste (alt)	1
1999/44	Verbrauchsgüterkauf	13
2002/65	Fernabsatz-Finanz	8
2008/48	Verbraucherkredit (neu)	24
2011/83	Verbraucherrechte	25
2014/17	Wohnimmobilien-Kredit	2
2015/2302	Pauschalreise (neu)	1
2015/2366	Zahlungsdienste (neu)	5
2019/771	Warenkauf	0
2019/771	Digitale Inhalte	0
	Gesamt	265

C. Auswertung der Entscheidungen⁴⁴

I. Der Bezug auf den *effet utile* (im Laufe der Zeit)

Der EuGH hat sich in 48 Entscheidungen auf den *effet utile* mit Formulierungen bezogen, die in irgendeiner Form den Begriff der Wirksamkeit enthalten. Dies entspricht einem Anteil von gut 18 %. Die Verteilung variiert stark: Von einer Quote von 50 % bei der Wohnimmobilien-Kredit-RL (von allerdings auch nur zwei Entscheidungen) bis zum völligen Fehlen bei der Verbraucherrechte-RL (angesichts immerhin 25 Entscheidungen). Nimmt man hingegen Formulierungen mit „Ziel“-Bezug auf,⁴⁵ erhöht sich die absolute Zahl der Positivtreffer auf 81 und die Quote auf knapp 30,5 %. Die einzelnen Werte lassen sich der folgenden Tabelle entnehmen:

44 Aus Platzgründen können im Folgenden längst nicht immer alle für den jeweiligen Gesichtspunkt relevanten Entscheidungen angeführt werden. Bei Interesse stelle ich die Daten gerne zur Verfügung.

45 Vgl. B.I.I.

Nummer der RL	Bezeichnung	Positiv-treffer („Wirksamkeit“)	Quote	Positiv-treffer (zusätzlich „Ziel“)	Quote
1985/577	Haustürwiderruf	4	28,57 %	6	42,86 %
1987/102	Verbraucherkredit (alt)	0	0,00 %	2	25,00 %
1990/314	Pauschalreise (alt)	1	7,69 %	2	15,38 %
1993/13	Klauseln	31	21,68 %	51	35,66 %
1994/47	Timesharing	0	0,00 %	0	0,00 %
1997/7	Fernabsatz	1	16,67 %	2	33,33 %
1998/26	Zahlungsdienste	0	0,00 %	0	0,00 %
1999/44	Verbrauchsgüterkauf	2	15,38 %	2	15,38 %
2002/65	Fernabsatz-Finanz	1	12,50 %	1	12,50 %
2008/48	Verbraucherkredit (neu)	6	25,00 %	8	33,33 %
2011/83	Verbraucherrechte	0	0,00 %	5	20,00 %
2014/17	Wohnimmobilien-Kredit	1	50,00 %	1	50,00 %
2015/2302	Pauschalreise (neu)	0	0,00 %	0	0,00 %
2015/2366	Zahlungsdienste (neu)	1	20,00 %	1	20,00 %
2019/771	Warenkauf	0	0 %	0	0 %
2019/771	Digitale Inhalte	0	0 %	0	0 %
		48	18,11 %	81	30,57 %

Ein zeitlicher Trend lässt sich nicht beobachten. Die Zahl der jährlichen Entscheidungen ist mit der Zahl der einschlägigen Richtlinien zwar gestiegen: von jeweils gerade einmal einer Entscheidung in den Jahren 1991, 1994 und 1995 bis hin zu einem Spitzenwert von 36 Entscheidungen im Jahr 2019. Sie liegt seit 2020 zwischen 25 und 30. Zugleich haben sich auch die Bezugnahmen auf den *effet utile* in absoluten Zahlen erhöht: von nur vier (bei Beschränkung auf „Wirksamkeit“) bzw. neun zwischen 1991 und 2008 zu seitdem *durchschnittlich* knapp dreieinhalb bzw. fünf pro Jahr. Man muss zudem bis ins Jahr 2011 zurückgehen, um ein Jahr zu finden, in dem der EuGH *nicht* zu einer der gegenständlichen Richtlinien auf den *effet utile* rekurriert hätte. Allerdings schwanken die *Anteile pro Jahr* erheblich,

während die Trefferquote auf *Jahrzehnte* bezogen bemerkenswert stabil zwischen 25 % und 32 % liegt. Siehe dazu⁴⁶ die folgende Tabelle:

Jahrzehnt	Gesamtzahl der Entscheidungen	Nennung des <i>effet utile</i> in ... Entscheidungen	Quote
1991–2000	16	4	25,00 %
2001–2010	37	11	29,73 %
2011–2020	147	47	31,97 %
seit 2021 ⁴⁷	65	19	29,23 %

II. Herkunft oder Aufgreifen des Arguments im konkreten Fall

Von den 48 Rechtssachen, in denen der EuGH sich auf den *effet utile* mit „Wirksamkeits“-Formulierungen bezieht, findet sich dieser topos auch 21 Schlussanträgen. In sieben weiteren Rechtssachen, in denen es entweder keine Schlussanträge gab oder diese keinen Hinweis auf den *effet utile* enthielten, greift der EuGH zudem ausdrücklich ein entsprechendes Vorbringen eines Verfahrensbeteiligten auf⁴⁸ oder referiert ein solches des vorlegenden Gerichts.⁴⁹ Der EuGH hat sich also in 20 Rechtssachen (knapp 42 %) auf der hier für relevant erachteten Weise mit dem *effet utile* befasst, *ohne* dass ein „äußerer“ Anlass dafür ersichtlich wäre. Bei Einbeziehung von „Ziel“-Formulierungen hat sich in 39 der 81 Treffer auch jemand anderes als der EuGH erkennbar auf den *effet utile* bezogen (knapp 48 %) bzw. umgekehrt der EuGH in 42 Rechtssachen (gut 52 %) ohne entsprechenden äußeren Anlass.

Umgekehrt gibt es 33 Rechtssachen, in denen jedenfalls die Schlussanträge Wirksamkeits-Argumentationen⁵⁰ enthalten (darunter fünf Rechtssachen, in denen der EuGH auch das vorlegende Gericht in diesem Sinne zitierte), ohne dass sich dies in den Gründen des Gerichtshofs explizit nie-

46 Aus Platzgründen wurde von einer Aufschlüsselung einzelner Jahre abgesehen.
47 Bis inklusive Mai 2023.
48 Beispielhaft EuGH, verb. Rs. C-776/19 bis C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470, BNP Paribas Personal Finance, Rn. 85: „Wie die französische Regierung und die Europäische Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen im Wesentlichen ausgeführt haben...“.
49 Beispielhaft EuGH, Rs. C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188, Lintner, Rn. 14: „Es führte hierzu aus, dass ... eine wirksame Anwendung dieser Richtlinie nur möglich sei, wenn...“.
50 Zahlen bei Einbeziehung von „Ziel“-Argumentationen wurden nicht erhoben.

dergeschlagen hätte. Außerdem gibt es drei weitere ohne (Erwähnung des *effet utile* in den) Schlussanträge(n), in denen sich das vorlegende Gericht oder ein Verfahrensbeteiligter in der Darstellung des EuGH auf den *effet utile* bezog.

III. Anwendungssituationen

Bei Sichtung der positiven Treffer lassen sich fünf – nicht völlig trennscharfe – Kategorien von Situationen ausmachen, in denen der EuGH den *effet utile* heranzieht. Einzelheiten ergeben sich schon einmal aus der folgenden Tabelle.

Kategorie	Zahl der Treffer (Wirksamkeit)	Anteil an Treffern	Zahl der Treffer (auch Ziele)	Anteil an Treffern
Staatshaftung	2	3,64 %	2	2,27 %
Auftrag an Mitgliedstaaten	9	16,36 %	10	11,36 %
Auftrag an nationale Gerichte/ Befugnisse nationaler Gerichte	16	29,09 %	35	39,77 %
Einwirkung auf autonomes Verfahrensrecht	22	40,00 %	22	25,00 %
Auslegung einzelner Begriffe	6	10,9 %	19	21,59 %
	55 ⁵¹		88 ⁵²	

1. Staatshaftung für unzureichende Richtlinienumsetzung

Zunächst sind zwei Entscheidungen zu nennen, in denen der *effet utile* in einer klassischen Anwendung erscheint: beim Komplex der Staatshaftung für unzureichende Richtlinienumsetzung. In der Leitentscheidung *Franco-vich* hatte der EuGH ausgeführt, dass es die volle Wirksamkeit der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigte, wenn der einzelne nicht

51 Dass diese Zahl größer ist als die der Treffer, ist kein Fehler, weil manche Entscheidungen mehrere Anwendungssituationen enthalten.

52 Dito.

die Möglichkeit hätte, eine Entschädigung für eine Rechtsverletzung durch einen mitgliedstaatlichen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht zu erlangen.⁵³ Eben hierauf bezog sich der Gerichtshof in *Dillenkofer* betreffend die (alte) Pauschalreise-RL.⁵⁴ Hier stellte der EuGH zwar auf die volle Wirksamkeit des Art. 189 Abs. 3 EGV (= Art. 288 Abs. 3 AEUV), d.h. der *primärrechtlichen* Umsetzungspflicht, ab. Allerdings lässt sich schon *Francovich* so lesen, dass es (auch) um die Wirksamkeit der jeweiligen Richtlinie geht.⁵⁵ Genau in diesem Sinne formuliert der EuGH im Übrigen im Kontext der Staatshaftung für judikative Verstöße gegen das Unionsrecht.⁵⁶ Auch dies griff er im vorliegenden Verbraucherkontext einmal ausdrücklich auf.⁵⁷

Es handelt sich allein um die bestätigende Wiederholung eines bekannten Maßstabs. Jeweils ging es um die konkreten Voraussetzungen für die Staatshaftung. Zu deren näheren Umschreibung kann dann allerdings wiederum der *effet utile* relevant werden, weshalb sich *Dillenkofer* auch als Beispiel für die nächste Kategorie verstehen lässt.

2. Auftrag an Mitgliedstaaten allgemein

In einigen Entscheidungen geht es um Richtlinienbestimmungen, die sich mehr oder weniger im „Ob“ der Notwendigkeit einer nationalen Regelung erschöpfen. Art. 24 Abs. 1 Verbraucherkredit-RL (neu) etwa verlangt von den Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, „dass angemessene und wirksame außergerichtliche Verfahren zur Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, die Kreditverträge betreffen, vorhanden sind“. Art. 7 Haustürwideruf-RL verwies für die Folgen eines Widerrufs auf nationales Recht. Dies nutzte der EuGH als Ansatzpunkt, den Mitgliedstaaten die Gewährleistung der praktischen oder gar vollständigen Wirksamkeit der Richtlinie ins Stammbuch zu schreiben.⁵⁸

53 EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-90/90, ECLI:EU:C:1991:428, *Francovich* u.a., Rn. 33.

54 EuGH, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, *Dillenkofer* u.a., Rn. 22.

55 EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-90/90, ECLI:EU:C:1991:428, *Francovich* u.a., Rn. 33 f. (denn die Rechte des Einzelnen, um die es geht, folgen ja nicht aus der Umsetzungspflicht, sondern sind im jeweiligen (Sekundär-)Rechtsakt vorgesehen).

56 EuGH Rs. C-244/01, ECLI:EU:C:2003:513, *Köbler*, Rn. 33.

57 EuGH, Rs. C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602, *Tomášová*, Rn. 20.

58 So etwa in EuGH, Rs. C-602/10, ECLI:EU:C:2012:443, SC Volksbank România, Rn. 95 (Verbraucherkredit-RL); Rs. C-350/03, ECLI:EU:C:2005:637, *Schulte*, Rn. 69 (Haustürwideruf-RL).

Um die sekundärrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten geht es naturgemäß auch bei der Frage der korrekten Richtlinienumsetzung: im Staatshaftungskontext (*Dillenkofer*⁵⁹) oder in Vertragsverletzungsverfahren.⁶⁰ (Dies impliziert übrigens nicht notwendig eine Maximalforderung für das nationale Recht. Der EuGH erachtete entgegen der Kommission die Erreichung der vollen Wirksamkeit der Klausel-RL im schwedischen Recht für möglich, obwohl der Staat die Liste nach Art. 3 Abs. 3 Klausel-RL nicht in den Gesetzestext aufgenommen hatte.⁶¹)

Schließlich findet sich der Hinweis auf die Pflichten der Mitgliedstaaten teilweise nur als Überleitung, um sich den nationalen Gerichte zuzuwenden.⁶² Letzteres für sich genommen stellt einen Fall für die nächste Kategorie dar.

3. Auftrag an nationale Gerichte/Befugnisse nationaler Gerichte

Eine weitere Verwendung des *effet utile* durch den EuGH betrifft den unionsrechtlichen Auftrag konkret an nationale Gerichte,⁶³ „alles zu tun, was in [ihrer] Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit“ einer Richtlinie(-nbestimmung) zu erreichen.⁶⁴ Es geht um Situationen, in denen der EuGH ein bestimmtes Verständnis des nationalen Rechts für unionsrechtswidrig befunden hat und nun dem nationalen Gericht aufgibt, eine unionsrechtskonforme Lösung zu finden. Angesprochen ist die richtlinienkonforme Auslegung (bzw. Rechtsfortbildung). Außerdem verneint der EuGH in ständiger Rechtsprechung die Befugnis nationaler Gerichte, den Inhalt missbräuchlicher Klauseln abzuändern, weil dies „die Verwirklichung des langfristigen Ziels gefährden [könnte], das mit Art. 7 der [Klausel-RL] verfolgt wird“.⁶⁵

59 EuGH, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, *Dillenkofer* u.a., Rn. 49.

60 Zu letzterem im Kontext der Klausel-RL EuGH, Rs. C-478/99, ECLI:EU:C:2002:281, Kommission/Schweden, Rn. 15.

61 EuGH, Rs. C-478/99, ECLI:EU:C:2002:281, Kommission/Schweden, Rn. 21.

62 So etwa zur Finanzdienstleistungs-Fernabsatz-RL in EuGH, Rs. C-143/18, ECLI:EU:C:2019:701, *Romano*, Rn. 37 f.

63 Vgl. *Baldus/Raff*, § 3 (Fn. 26), Rn. 201.

64 So bei der Verbrauchsgüterkauf-RL EuGH, Rs. C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637, *Duarte Hueros*, Rn. 42; wortgleich für die Klausel-RL u.a. EuGH, Rs. C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, *Banco Español de Crédito*, Rn. 72.

65 Soweit ersichtlich zuletzt m.w.N. EuGH, Rs. C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14, *D.V.*, Rn. 67.

4. Einwirkungen auf das (eigentlich autonome) Verfahren

Anders als in den soeben genannten Fällen geht es in dieser Kategorie nicht um den eher vagen Auftrag an die nationalen Gerichte, den *effet utile* zu wahren, sondern um eine eigene Prüfung des EuGH: Es geht um nationale *Verfahrensregeln*, die potenziell die Wirksamkeit einer materiell-rechtlichen Richtlinie beeinträchtigen. Es geht namentlich also um den Effektivitätsgrundsatz als Schranke der Verfahrensautonomie.

5. Auslegung einzelner Begriffe seitens des EuGH

Schließlich hat der EuGH den *effet utile* zur Auslegung einzelner Bestimmungen des Richtlinienrechts konkret im Sinne der Klärung seines materiellen Inhalts herangezogen, insbesondere zur Beantwortung einer entsprechenden Vorlagefrage. Diese Fälle sind im Verlauf dieses Beitrags noch näher zu behandeln.⁶⁶

Martín Martín stellt einen Grenzfall für die hiesigen Kategorien dar. Es ging um etwaige Auswirkungen der Haustürwiderruf-RL auf das nationale Verfahren, nämlich um die Möglichkeit eines spanischen Gerichts, einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht über das Widerrufsrecht von Amts wegen aufzugreifen. Die praktische Wirksamkeit kommt aber nicht unmittelbar zu dieser Frage ins Spiel, sondern bei der Vorfrage, ob die Belehrungspflicht im Interesse der öffentlichen Ordnung lag (was der EuGH bejahte⁶⁷).

IV. Verwendung der Synonyme

„Effet utile“ als solcher, d.h. im französischen Wortlaut, erscheint in den untersuchten Entscheidungen in den deutschen Urteilsversionen⁶⁸ *nie*. Dies steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum häufigen Vorkommen

66 S.u. V.

67 EuGH, Rs. C-227/08, ECLI:EU:C:2009:792, *Martín Martín*, Rn. 20–27.

68 Zwei nicht auf Deutsch verfügbare Beschlüsse mit Gründen (Art. 99 VerfO EuGH) sprechen auf Französisch von „effet utile“: EuGH, Rs. C-75/19, ECLI:EU:C:2019:950, *BNP Paribas Personal Finance SA Paris Sucursala București und Secapital*, und Rs. C-296/18, ECLI:EU:C:2018:857, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne*.

des Begriffs in der deutschen Literatur.⁶⁹ Die *größtmögliche* Wirksamkeit⁷⁰ hat der EuGH ebenfalls in keiner hier betrachteten Entscheidung ausdrücklich eingefordert.⁷¹

In Bezug auf die verschiedenen „Wirksamkeits“-Formulierungen machen „volle“ oder „vollständige Wirksamkeit“ zusammen etwa 40 % der Nennungen aus, gefolgt von „Wirksamkeit“ bzw. „wirksamem Schutz“ mit 31 %. Die hier titelgebende „praktische Wirksamkeit“ erscheint mit 29 % insofern sogar am seltensten. Bei Einbeziehung von „Ziel“-Formulierungen ergeben sich indes erhebliche Verschiebungen bei den Anteilen. Die Einzelheiten ergeben sich aus folgender Tabelle.⁷²

Begriff	Zahl der Treffer	Anteil (Wirksamkeit)	Anteil (gesamt)
<i>effet utile</i> (in dt. Fassung)	0	0 %	0 %
volle Wirksamkeit	20	36,36 %	22,99 %
vollständige Wirksamkeit	2	3,64 %	2,30 %
(nur) "Wirksamkeit"	15	27,27 %	17,24 %
praktische Wirksamkeit	16	29,09 %	18,39 %
„wirksamer Schutz“	2	3,64 %	2,30 %
„Ziele“ („erreichen“, „gefährden“...)	32	/	36,78 %
Gesamt	87	100 %	100 %

Die Verwendung der jeweiligen Begriffe ist im Allgemeinen nicht auf bestimmte Kontexte beschränkt. Nur die Gefährdung der „Verwirklichung der langfristigen Ziele“ erscheint exklusiv bei den Befugnissen nationaler Gerichte (und dabei exklusiv im Kontext der Klausel-RL). Ansonsten lassen sich zum Teil immerhin Tendenzen erkennen. Die Wortwahl „volle Wirksamkeit“ ist insbesondere bei der Kategorie „Auftrag an nationale Gerichte“ und bei der Staatshaftung verbreitet. Dagegen dominiert die „praktische“ Wirksamkeit in der Kategorie „Auslegung“, während „volle“ Wirksamkeit hier gar nicht erscheint. Teilweise finden sich insoweit auch Formulierun-

69 So auch allgemein schon *Tomasic*, *Effet utile* (Fn. 7), 10.

70 Vgl. o. Fn. 19.

71 Vgl. auch *Tomasic*, *Effet utile* (Fn. 7), 27 f.

72 Dass die Gesamtzahl der Nennungen größer ist als die Zahl der positiven Treffer, ergibt sich aus der gelegentlichen Nennung verschiedener Synonyme in ein und derselben Entscheidung. Die Wiederholung desselben Begriffs innerhalb einer Entscheidung wurde dagegen nicht als separate Nennung gezählt.

gen dahingehend, dass eine bestimmte Auslegung ein Ziel beeinträchtigt oder einem Ziel zuwiderlaufe.

D. Ansätze zur Interpretation, Erklärung und Bewertung

Dieser Abschnitt stellt den Versuch dar, die Ergebnisse aus verschiedenen Perspektiven einzuordnen und Begründungen für sie zu finden.

*I. Häufigkeit oder Seltenheit des *effet utile**

Zusammengenommen hat der EuGH in weniger als einem Fünftel der Fälle, in denen er zu Richtlinien des Unionsverbraucherrechts entschieden hat, explizit mit „Wirksamkeit“ argumentiert. Haben wir es am Ende mit einer von den „gänzlich unpraktischen Streitfragen“ zu tun, wie *Nußbaum* sie mit der Rechtstatsachenforschung ausmerzen wollte?⁷³

Nun war kaum zu erwarten, dass der EuGH in *jeder* Entscheidung zum Verbraucherrecht auf diese Weise vorgeht.⁷⁴ Der Gerichtshof verwendet auch andere Auslegungsmethoden nicht ausnahmslos – warum sollte dies hier anders sein? Selbst wenn man die genannte Quote für zu niedrig hielte, um diesem Vorgehen die häufig angenommene prägende Wirkung zuzusprechen, relativiert sich der Befund, wenn man die „Ziel“-Argumentationen einbezieht. Ein Anteil von bald einem Drittel erscheint eher beachtlich. Freilich: Wenn man derart quantitativ argumentieren möchte, müsste man sich ohnehin festlegen, welche Quote denn hinreichend prägend sein sollte. Wo wären die Grenzen?

Man könnte auch stärker qualitativ arbeiten: Eine unterstellte niedrige Quote könnte deshalb nicht entscheidend sein, wenn und weil der EuGH in den „wesentlichen“ Fällen sehr wohl mit dem *effet utile* argumentiert hat. Man müsste zunächst definieren, was für (insbesondere Vorlage-)Fragen wesentliche Bedeutung hat/hatte, um dann erneut zu überprüfen, zu wie vielen dieser Fragen der EuGH den *effet utile* in Stellung gebracht hat. Für diesen Ansatz spricht immerhin, dass in der Positivliste einige Entscheidun-

⁷³ A. *Nußbaum*, Die Rechtstatsachenforschung, 18, 25.

⁷⁴ Eine expansive Anwendung der teleologischen Methode verneinen ohnehin *Baldus/Raff*, § 3 (Fn. 26), Rn. 147 m.w.N.; unter Auswertung der EuGH-Rechtsprechung im Jahr 1999 auch *Dederichs*, Methodik (Fn. 5), 90 ff.

gen stehen, die als bekannt, vielleicht gar berühmt, gelten dürfen: *Duarte Hueros*, *Friz*, *Dillenkofer*. Freilich lässt sich dieses Spiel auch umdrehen: So geht es erstens etwa in *Rust-Hackner* oder *Faccini-Dori* auf Seiten des EuGH nicht um *effet utile* im verbraucherrechtlichen Bereich,⁷⁵ ebenso wenig in *Heininger*, *Weber/Putz* oder *Quelle*.

Ein möglicher Indikator für „wesentliche“ Fragen wäre im Übrigen womöglich, dass der EuGH durch die Große Kammer entscheidet. Denn in „wesentlichen“ Fällen würde ein beteiligter Mitgliedstaat bzw. ein EU-Organ nach Art. 16 Abs. 3 EuGH-Satzung das Taten als Große Kammer beantragen. Allerdings hat in lediglich fünf Fällen, die im hier interessierenden Bereich den *effet utile* anführen (und damit in knapp 6 % der positiven Fälle), die Große Kammer entschieden.

Letztlich wird eine objektive „globale“ Bewertung anhand der Zahlen/Quoten kaum möglich sein. Wichtiger erscheint es deswegen, sich näher mit Teilbereichen zu befassen.

II. Beliebigkeit bei der Wortwahl

1. Abweichende Wortwahl ohne Unterschied in der Sache

Abgesehen von Tendenzen konnte auch diese Untersuchung keine Unterschiede in der Sache zwischen den verschiedenen deutschen Übersetzungen zutage fördern. Dies ist insofern misslich, als es einen erheblichen sprachlichen Unterschied insbesondere zwischen den „Wirksamkeits“-Formulierungen gibt: „volle Wirksamkeit“ erscheint als Plus gegenüber „praktischer Wirksamkeit“, diese wiederum als Plus im Verhältnis zur bloßen „Wirksamkeit“.⁷⁶ So gesehen haben die Argumente dann auch unterschiedliches Gewicht.⁷⁷ Obwohl es sich um etablierte Begriffe handelt, die Fachleute als Synonyme behandeln können, ist im Sinne größerer Transparenz daher mehr Sensibilität der EuGH-Richter:innen für die Wortwahl zu wünschen.

75 In EuGH, Rs. C-355/18, ECLI:EU:C:2019:1123, *Rust-Hackner*, geht es dagegen in Bezug auf die versicherungsrechtlichen Richtlinien sehr häufig um praktische Wirksamkeit.

76 Vgl. *Tomasic*, *Effet utile* (Fn. 7), 18 f.

77 Vgl. *Potacs*, *Effet utile* (Fn. 2), 468.

2. Gründe für die Divergenzen

Eine Begründung für die sprachlichen Divergenzen trotz Einheitlichkeit in der Sache ist noch nicht gefunden.⁷⁸ Es muss um außerjuristische Faktoren gehen, über die man vielfach nur spekulieren kann. Es könnten etwa sein die Bezugnahme auf ein Präjudiz mit einer bestimmten Wortwahl oder die Beeinflussung durch die Wortwahl in Schlussanträgen.⁷⁹ In diesen beiden Fällen verschiebt sich die Frage nach dem Ursprung nur, nämlich auf die Begriffswahl im Präjudiz respektive in den Schlussanträgen. Am Ende geben womöglich schlicht persönliche (nicht notwendigerweise reflektierte) Präferenzen der Richter:innen den Ausschlag.

III. Beliebigkeit der Verwendung

Gerade die fehlende Definition macht den *effet utile* zu einem für den EuGH nützlichen Werkzeug,⁸⁰ erhöht jedoch zugleich die Angreifbarkeit. Zwar konnte diese Untersuchung bestimmte Anwendungssituationen identifizieren. Dies soll jedoch nicht heißen, der EuGH würde in entsprechenden Situationen automatisch den *effet utile* heranziehen.⁸¹ Dies ist zwar nicht ausgeschlossen, weil die für eine solche Aussage nötige Kategorisierung aller Negativtreffer hier aus Kapazitätsgründen nicht erfolgte. Die Annahme einer gewissen Beliebigkeit der Verwendung erscheint jedoch eher plausibel, wenn man sich die folgenden Aspekte vor Augen führt.

1. Kein entscheidender Einfluss der Schlussanträge/Vorlage/sonstigen Vorbringen

Ob der EuGH den *effet utile* in seinen Entscheidungsgründen ausdrücklich heranzieht, lässt sich – jedenfalls nicht abschließend – mit dessen Erwähnung von Seiten der Generalanwaltschaft, des vorlegenden Gerichts oder

78 Deswegen für Verzicht auf „volle Wirksamkeit“ in Zukunft Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 291 f.

79 Zum zweifelhaften Einfluss der Schlussanträge allerdings sogleich III.1.

80 Ähnlich Seyr, *effet utile* (Fn. 5), 273.

81 Ich verstehe auch die Kategorisierung von Baldus/Raff, § 3 (Fn. 26), Rn. 208 (bei unklarem Wortlaut *effet utile* als Auslegungsinstrument, bei präziserem Wortlaut Verwendung zur Sicherung des Anwendungsbereichs der Vorschrift) nicht im Sinne einer allgemeinen Regel, sondern als Tendenzbeschreibung.

eines der Verfahrensbeteiligten erklären. In einer nicht geringen Zahl von Rechtssachen ist der EuGH nicht auf entsprechende Passagen der Schlussanträge eingegangen; ja nicht einmal immer dann, wenn der Gerichtshof selbst entsprechendes Vorbringen des vorlegenden Gerichts referiert hat, hat er zu diesem Gesichtspunkt auch ausdrücklich Stellung bezogen. Umgekehrt greift der EuGH auch auf den *effet utile* zurück, ohne dass ihm dies jemand anderes im Verfahren nahegelegt hätte.

2. Keine Abhängigkeit von Klärung in vorherigen Entscheidungen

Eines der mich besonders überraschenden Ergebnisse dieser Untersuchung ist das Fehlen jeglicher positiven „Wirksamkeits“-Einträge im Bereich der Verbraucherrechte-RL. Eine Erklärung hierfür könnte sein, dass der Gerichtshof wesentliche Fragen bereits bei den Vorgänger-RLen entschieden hat. Dieser Gedanke ergibt sich nicht zuletzt angesichts der hohen Quote von 69 % von Entscheidungen zur Verbraucherrechte-RL, die ohne Schlussanträge ergangen sind. Da der EuGH nach Art. 20 Abs. 5 Satzung EuGH ohne Schlussanträge entscheidet, wenn er der Auffassung ist, dass eine Rechtssache keine neue Rechtsfrage aufwirft,⁸² könnte es scheinen, dass er an allen maßgeblichen Stellschrauben bereits gedreht hatte, bevor die Verbraucherrechte-RL anwendbar war.

Vollends überzeugen kann dies allerdings nicht. In absoluten Zahlen geht es nämlich um lediglich fünf Entscheidungen zu den Vorgängerinnen: Sollte damit bereits die praktische Wirksamkeit der Verbraucherrechte umfassend gesichert worden sein? Außerdem sieht sich der EuGH auch ansonsten nicht gehindert, Präjudizien passagenweise im Wortlaut zu übernehmen, gerade wenn eine Frage bereits mehr oder weniger geklärt ist. Dann aber müsste es eigentlich auch in Entscheidungen zur Verbraucherrechte-RL Treffer geben.

3. „Verschwundene Argumente“

Eine weitere Erklärung für die anscheinende Beliebigkeit der Heranziehung des *effet utile* könnte – wieder außerjuristisch – in den institutionellen Be-

82 Diese Auffassung ist nicht immer nachvollziehbar, vgl. etwa im Kontext der Verbraucherrechte-RL F. M. Wilke, Auf dem falschen Gleis: Der EuGH zur BahnCard, GPR 2020, 250, 252.

dingungen des EuGH liegen. Sämtliche Mitgliedstaaten mit ihren eigenen Rechtstraditionen sind gem. Art. 19 Abs. 2 S. 1 EUV mit je einer Richterpersönlichkeit auf Richterbank vertreten. Jede:r Richter:in bringt eigenes Methodenverständnis mit und beeinflusst damit auch andere.⁸³ Nach kundiger Aussage kann auch das jeweilige Rechtsgebiet den Begründungsstil beeinflussen.⁸⁴ Je nach Zusammensetzung des Spruchkörpers zum konkreten Fall könnten also unterschiedliche Stile dominant sein.

Die Verfahrensordnung des EuGH kennt zudem keine Sondervoten. Daraus soll folgen, dass die Spruchkörper sich um Einstimmigkeit oder wenigstens größtmögliche Mehrheiten bemühen.⁸⁵ Dies kann bedingen, ein Argument fallen zu lassen, das der einen oder anderen Richterin nicht zu vermitteln war, mag sie auch mit dem Ergebnis einverstanden sein.⁸⁶ Es gibt also so etwas wie „verschwundene Argumente“.⁸⁷ Dies könnte womöglich auch die Fälle erklären, in denen der Gerichtshof auf im Urteil dargestelltes Vorbringen des vorlegenden Gerichts keine Antwort gibt.

IV. Methodenreflexion

Letztlich ist auch die hier gewählte Untersuchungsmethode kritisch zu reflektieren. So sind die Aussagen zur Nennung des *effet utile* im Verhältnis EuGH/Schlussanträge nicht vollends belastbar. Denn gerade bei längeren Entscheidungen kann es durchaus sein, dass der Generalanwalt den *effet utile* für einen anderen Aspekt der Entscheidung heranzieht als später der Gerichtshof. Da der hiesige Ansatz allein auf das „ob“ eines Treffers schaut, würde er einen solchen Fall fälschlich als übereinstimmende Verwendung erfassen. Ebenso werden positive Treffer bei Schlussanträgen in Bezug auf „Ziel“-Argumentationen als Übereinstimmung mit „Wirksamkeits“-Argumentationen des Gerichtshofs gewertet, was sich nicht von selbst versteht. Klarheit kann jeweils nur eine Analyse *en détail* bringen.

UniCredit Bank Austria illustriert weitere Grenzen des hiesigen Ansatzes. Der Gerichtshof hatte die Gefahr für missbräuchliches Verhalten des Un-

83 Höpfner/Rüthers, Methodenlehre (Fn. 26), 9; vgl. auch Colneric, Auslegung (Fn. 17), 230; Everling, Rechtsfortbildung (Fn. 25), 222.

84 O. Due, Pourquoi cette solution?, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, 273, 274.

85 O. Due, Solution (Fn. 84), 274.

86 Vgl. O. Due, Solution (Fn. 84), 275.

87 O. Due, Solution (Fn. 84), 274.

ternehmers bei der Wohnimmobilienkredit-RL für geringer als bei der Verbraucher kredit-RL erachtet. Hatte er wegen der Missbrauchsmöglichkeiten die Wirksamkeit des Rechts auf Ermäßigung in *Lexitor* daher als gefährdet angesehen und in der Folge die zu ermäßigenden Kosten weit ausgelegt, weigerte er sich nun, die Parallele zu ziehen. In der Sache lehnte er also eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Verbraucherrechts ab. Da er dies aber nicht so formuliert, ergab die Textsuche hierfür keinen Treffer – und es ist auch nicht ersichtlich, auf welche Formulierungen man sie hätte ausweiten können, um konkret diese Entscheidung doch zu erfassen. Dies hätte nur die konkrete Lektüre und Interpretation aller Entscheidungen ermöglicht. Ein in gewisser Weise umgekehrtes, dabei gleich problematisches Beispiel stellt es dar, wenn der EuGH in einer späteren Entscheidung eine frühere Entscheidung als Beleg für eine *effet utile*-Argumentation heranzieht, ohne dass sich in dieser eindeutige entsprechende Formulierungen finden.⁸⁸ Schließlich erfasst die Methode auch nicht die nochmals anders gelagerten Fälle – wenn es sie denn gibt⁸⁹ – in denen der EuGH den *effet utile* im aktuellen Fall nur implizit durch Verweis auf eine frühere Entscheidung mit expliziter Nennung dieses Arguments anführt.

Generell kann die Methode nicht Entscheidungen erfassen, bei denen der *effet utile* für die Ergebnisfindung tatsächlich eine Rolle gespielt hat, der Gerichtshof aber – aus welchen Gründen auch immer⁹⁰ – das Argument im Entscheidungstext gar nicht nennt (außer der Befragung von Richter:innen ist überhaupt keine Methode ersichtlich, mit der man dies „aufdecken“ könnte) oder lediglich unter einer Bezeichnung, die bei der Suche nicht zugrunde gelegt wurde. Die Divergenzen, die sich bei Einbeziehung von „Ziel“-Formulierungen ergeben, habe ich ja im Verlauf des Beitrags herausgestellt. All dies mahnt zu Vorsicht bei „Globalinterpretationen“. Zur Vorbereitung der Untersuchung bestimmter Ausschnitte dürfte die Methode jedoch taugen. Damit befasst sich der folgende Abschnitt.

88 So in EuGH, Rs. C-583/18, ECLI:EU:C:2020:199, DB Vertrieb GmbH, Rn. 31, zu EuGH, Rs. C-336/03, ECLI:EU:C:2005:150, easyCar, Rn. 28.

89 Der EuGH übernimmt jedenfalls häufig nicht nur das Ergebnis einer Entscheidung, sondern die tragenden Erwägungen, und dies wiederum häufig mehr oder weniger im Wortlaut.

90 Vgl. etwa soeben III.3.

E. Der *effet utile* in der Auslegung

Es soll nun noch ausschnittsweise um die Frage gehen, *wie* der EuGH mit dem *effet utile* operiert. Denn nach den obigen Ausführungen wissen wir – im Rahmen der soeben angestellten einschränkenden Überlegungen – abschließend, *wo* er dies tut. Wenn man nun für das Verbraucherrecht auf Grundlage dieser Rechtsprechung Schlüsse zieht, lauern keine bösen Überraschungen in Form von Entscheidungen, die man übersehen hat und in denen alles doch ganz anders ist.

Konkret soll es um Entscheidungen gehen, in denen der EuGH die „praktische Wirksamkeit“ im Kontext der Auslegung einer Richtlinienvorschrift heranzieht, nach deren Bedeutung er im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gefragt wurde. Dieser Abschnitt mag damit auch als Beispiel dienen, wie sich die ermittelte Datengrundlage für weitere Untersuchungen fruchtbar machen lässt.

I. Überblick

Gegenstand sind gerade einmal fünf Entscheidungen. Es handelt sich damit nicht nur um ein (erstaunlich) begrenztes Phänomen, sondern auch ein eher junges: Die erste insofern relevante Entscheidung stammt aus 2012.

In *Wathelet* war zu entscheiden, ob ein Gewerbetreibender, der auf Rechnung einer Privatperson ein Verbrauchsgut verkauft, dem Verbraucher-Käufer dies indes nicht offengelegt hatte, als Verkäufer im Sinne der Verbrauchsgüterkauf-RL anzusehen ist. Der EuGH sah das Risiko, dass dem Käufer bei fehlender Kenntnis von der Eigenschaft des Vermittlers seine Gewährleistungsrechte genommen würden. Eine entsprechende Information des Verbrauchers sei geeignet, der Richtlinie praktische Wirksamkeit zu verleihen.⁹¹

In *Soho Group* führte der Gerichtshof die Wahrung der praktischen Wirksamkeit an, um zu bejahen, dass Kosten der Verlängerung eines Kreditvertrags unter bestimmten Umständen zu den „Gesamtkosten des Kredits für den Verbraucher“ i.S.d. Art. 3 lit. g Verbraucherkredit-RL (neu) gehören.⁹² Es soll sich dabei um ein separates Kriterium gegenüber der Erreichung eines Ziels der Richtlinie (einer eindeutigen und umfassenden

91 EuGH, Rs. C-149/15, ECLI:EU:C:2016:840, *Wathelet*, Rn. 38 f.

92 EuGH, Rs. C-686/19, ECLI:EU:C:2020:582, *Soho Group*, Rn. 50 f.

Definition der Gesamtkosten) handeln.⁹³ Mit der Vermeidung einer Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Rechts auf Ermäßigung der Gesamtkosten bei vorzeitiger Darlehensrückzahlung begründete der EuGH in *Lexitor*, dass Art. 16 Abs. 1 S. 2 Verbraucherkredit-RL (neu) auch laufzeitunabhängige Kosten umfasst.⁹⁴

In *González Alonso* legt der EuGH den Ausschluss von Versicherungsverträgen nach Art. 3 Abs. 2 lit. d der Haustürwiderruf-RL aus. Dazu erläuterte er, Ausnahmen zu Verbraucherschützenden Bestimmungen seien zwar grundsätzlich eng auszulegen, eine zu enge Auslegung würde allerdings eine Ausnahme ihrer praktischen Wirksamkeit berauben.⁹⁵ (Der fragliche Typus Versicherungsvertrag fiel dann auch aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie heraus.) Genau gegenteilig argumentierte der EuGH in *Mikrokasa*: Die Ausnahme des Art. 1 Abs. 2 Klausel-RL sei eng auszulegen, um „deren“⁹⁶ praktische Wirksamkeit zu gewährleisten.⁹⁷ Er stützt sich dabei auf zwei frühere Entscheidungen zu dieser Ausnahme, die freilich ohne ausdrückliche Nennung der praktischen Wirksamkeit auskamen.

II. Komplexität der Argumentation

1. Formell

Der *effet utile* erscheint in allen diesen Fällen nicht als einziges Argument, sondern eingebettet in oder am Ende andere(r), durchaus umfangreicher Erwägungen. Während dies – jeweils ohne Nennung der Vorlagefrage und deren abschließender Beantwortung gezählt – in *Mikrokasa* und *González Alonso* in acht bzw. neun Randnummern erfolgt, fällt die Argumentation in *Lexitor*, *Wathelet* und *Soho Group* mit 14, 18 und 26 Randnummern respektive recht ausführlich aus. Es handelt sich beim *effet utile* also nicht um ein jegliche weitere Erwägungen erstickendes „Totschlagargument“.

93 Es heißt in den vorgenannten Rn. „und“ bzw. „sowie“, nicht „dadurch“ oder „um... zu“ oder dgl.

94 EuGH, Rs. C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702, *Lexitor*, Rn. 31.

95 EuGH, Rs. C-166/11, ECLI:EU:C:2012:119, *González Alonso*, Rn. 26 f.; zur „engen“ Auslegung von Ausnahmen insgesamt *Herberger*, „Ausnahmen“ (Fn. 32).

96 Nicht klar ist, ob es damit um die Wirksamkeit der Richtlinie oder um die Wirksamkeit der Ausnahme selbst gehen soll.

97 EuGH, Rs. C-779/18, ECLI:EU:C:2020:236, *Mikrokasa*, Rn. 52.

2. Materiell: Zum Vorwurf der Eindimensionalität

Darüber hinaus ist zu klären, ob nicht womöglich die praktische Wirksamkeit materiell den Ausschlag gibt. Dies ist eng verbunden mit dem Vorwurf der Eindimensionalität in der Argumentation des EuGH. Er stammt wohl ursprünglich aus dem Verwaltungsrecht. *Schoch* erkannte eine strukturelle Eindimensionalität darin, dass im Gemeinschaftsrecht die Durchsetzung des Gemeinschaftsinteresse dominiere, während jedenfalls das deutsche nationale Verwaltungsrecht auf Ausgleich zwischen Individual- und öffentlichem Interesse abziele.⁹⁸ Dieser Gedanke hat auch im Privatrecht einige Karriere gemacht. Die Kritik ist verbreitet, der EuGH befasse sich nur oberflächlich mit Parteiinteressen⁹⁹ – etwa wegen des beruflichen Hintergrunds vieler Richter:innen im öffentlichen Recht¹⁰⁰ oder kraft seiner Natur als „eingefahrener Integrationsmotor“ ohne die „vielhundertjährige Tradition“ nationaler Gerichte.¹⁰¹ Er berücksichtige vorschnell und nur beschränkt einzelne Erwägungsgründe im Rahmen seiner teleologischen Begründung anstatt abzuwägen.¹⁰² Auch europäisches Verbraucherschutzrecht dient aber selten *ausschließlich* den Verbrauchern, wie gerade die Erwägungsgründe häufig aufzeigen.¹⁰³ Die Argumentation mit dem *effet utile* drohe dies zu überspielen.¹⁰⁴ In einem differenzierten Privatrecht, das dem *Interessenausgleich* Privater verpflichtet ist, erscheint die weitestgehende Durchsetzung eines eine Seite begünstigenden Zwecks als Fremdkörper, jedenfalls als Ausnahme.¹⁰⁵

Betrachtet man die hiesigen Fälle, so erhärtet sich der Vorwurf der Eindimensionalität nicht. Insbesondere die Wahrung der praktischen Wirksamkeit eines Ausnahmetatbestands zu verbraucherschützenden Regelungen (*González Alonso*) stellt keine Bevorzugung des Verbrauchers um jeden Preis dar. In den übrigen Rechtssachen kam der EuGH zwar zu Ergeb-

98 *F. Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109, 117.

99 *Remien*, Stil (Fn. 1), 24.

100 *Basedow*, EU Private Law (Fn. 17), 625 ff.

101 *Remien*, Stil (Fn. 1), 25.

102 *Basedow*, EU Private Law (Fn. 17), 629; allgemein zur Notwendigkeit, auch bei Heranziehung der praktischen Wirksamkeit eine Abwägung mit gegenläufigen Wertungen durchzuführen, *Tomasic*, *Effet utile* (Fn. 7), 131.

103 Dies gilt insbesondere für die Perfektionierung des Binnenmarkts im Interesse von Verbrauchern wie Unternehmern, dazu etwa ErwGr. 6 Verbraucherrechte-RL. ErwGr 28 derselben Richtlinie betrifft etwa zudem den Verwaltungsaufwand der Unternehmer.

104 *Riesenhuber*, § 10 (Fn. 17), Rn. 45; vgl. auch *Gebauer*, Kap. 3 (Fn. 25), Rn. 19.

105 *Riesenhuber*, § 10 (Fn. 17), Rn. 45.

nissen, die für Verbraucher günstig sind. Wenn der *effet utile* aber wie in *Soho Group* als eines von mehreren Argumenten erscheint und auch die drei übrigen Argumente für ein verbrauchergeräustiges Verständnis sprechen, liegt kein eklatantes Beispiel für eine problematische Verwendung vor. Überhaupt erscheint der *effet utile* in keiner der Entscheidungen als Trumpfkarte, um anderslautende Auslegungsergebnisse auszuschalten; er ist immer ein weiteres unterstützendes Argument. (Alles dies gibt Anlass für die Frage, ob der EuGH auch einmal zu Ergebnissen kommt, die einem von ihm erkannten *effet utile* zuwiderlaufen – oder ob er diese Argumentation immer nur dann anführt, wenn sie auch, egal zu wessen Gunsten, das Ergebnis trägt. Der hier betrachtete Ausschnitt spricht für Letzteres.)

Darüber hinaus ist *Soho Group* ein Beispiel dafür, dass der EuGH durchaus die Perspektive des Vertragspartners des Verbrauchers würdigt,¹⁰⁶ wie er dies insbesondere auch in *Lexitor* tut.¹⁰⁷ *Wathelet* zeigt sich zwar sehr auf die Interessen des Verbrauchers fokussiert, enthält aber durch den Auftrag an das nationale Gericht, alle Umstände des Einzelfalls darauf zu überprüfen, ob konkret ein Vermittler als „Verkäufer“ behandelt werden kann, noch eine kleine Öffnung zugunsten des Gewerbetreibenden.¹⁰⁸ Letztlich ist aus den Entscheidungen dieser Kategorie vor allem *Mikrokasa* angreifbar. Hier erscheint der *effet utile* bereits zu Beginn der Argumentation als eine Begründung für die enge Auslegung von Ausnahmetatbeständen. Dass der EuGH aus mehrfachen „scheint“-Erwägungen und trotz des Vorbehalts für nationale Gerichte dann plötzlich eine definitive eigene Antwort formuliert, ist per se kritikwürdig – lässt sich aber nicht klar mit der Heranziehung des *effet utile* in Verbindung setzen.

III. Tatsachen und Spekulation

Schließlich zum konkreten, inhaltlichen Umgang des EuGH mit dem *effet utile* in diesen Situationen. Fragt man nach der praktischen Wirksamkeit einer Norm, muss es um deren tatsächliche Effekte gehen.¹⁰⁹ Diese Effekte

106 EuGH Rs. C-686/19, ECLI:EU:C:2020:582, *Soho Group*, Rn. 36 (Kosten für Kreditgeber bekannt, „d.h. bestimmt oder bestimmbar“).

107 EuGH, Rs. C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702, *Lexitor*, Rn. 34 f. (Begründung, warum die gefundene Lösung den Kreditgeber nicht unangemessen benachteiligt).

108 EuGH, Rs. C-149/15, ECLI:EU:C:2016:840, *Wathelet*, Rn. 44.

109 Vgl. auch (aber mit Betonung der „bestmöglichen“ Zweckerreichung) von Oettingen, *Effet utile* (Fn. 5), 95.

sind in Bezug auf den Zweck der Norm zu sehen. Dieser ist also als erstes zu ermitteln.¹¹⁰ Ob sodann eine bestimmte Auslegung einer Norm dazu beiträgt, dass sie in der Rechtswirklichkeit überhaupt Wirkungen bzw. stärkere Wirkungen (etwa in Form einer Anwendung nicht nur auf Randfälle) zeigt, setzt eine Vergleichsbetrachtung voraus:¹¹¹ Wirksamkeit unter Zugrundelegung dieser Auslegungsvariante vs. Wirksamkeit unter Zugrundelegung einer/der anderen möglichen Variante.

In der Tat erwähnt der EuGH in den meisten Entscheidungen einen Zweck der jeweiligen Richtlinie bzw. sogar der jeweiligen Norm. Dies reicht vom abstrakten Ziel „hohes Verbraucherschutzniveau“¹¹² über ein konkretes Schutzanliegen („vor missbräuchlichen Klauseln“)¹¹³ zum konkreteren Ziel „(umfassende) Information des Verbrauchers zur Ermöglichung dessen Vergleichs von Angeboten“.¹¹⁴ Nicht recht klar ist insoweit *González Alonso*, wo der Zweck eines Ausnahmetatbestands in der Begrenzung des Verbraucherschutzes zu liegen scheint.¹¹⁵

Das Bild ist deutlich weniger einheitlich in Bezug auf die Vergleichsüberlegungen. Teils erscheint der Vergleich evident, sodass fehlendes Explizieren nicht unbedingt schadet. Wenn wirklich „umfassende“ Information geschuldet ist, ist jede Auslegung, die Informationen ausklammert, zur Zielerreichung untauglich. Wenn dagegen ein hohes, nicht aber das höchste Verbraucherschutzniveau angestrebt werden soll, ist nicht jede Form der engen Auslegung eines Ausnahmetatbestands zur Zielerreichung nötig. Diese Argumentation hätte konkreter ausfallen müssen.

In *Wathelet* führte der EuGH aus, dass der Verbraucher die Identität des Verkäufers und insbesondere seine Eigenschaft als (Nicht-)Gewerbetreibender kennen müsse, um vom Verbraucherschutz zu profitieren; fehlende Kenntnis würde ihm die Rechte der Verbrauchsgüterkauf-RL nehmen.¹¹⁶ Letzteres ist zumindest schief formuliert. Denn wenn der Verkäufer tatsächlich kein Gewerbetreibender ist, kann die fehlende Kenntnis davon dem Käufer auch keine Rechte „nehmen“; objektiv hatte er sie nie.

110 Ähnlich *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, *Méthodes* (Fn. 25), Rn. 59.

111 Mir nicht klar ist der Vergleich „mit der Situation *ohne* ihre [wessen?] Berücksichtigung“ bei *Seyr*, *effet utile* (Fn. 5), 298.

112 EuGH, Rs. C-149/15, ECLI:EU:C:2016:840, *Wathelet*, Rn. 36; Rs. C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702, *Lexitor*, Rn. 29.

113 EuGH, Rs. C-779/18, ECLI:EU:C:2020:236, *Mikrokasa*, Rn. 52.

114 EuGH, Rs. C-686/19, ECLI:EU:C:2020:582, *Soho Group*, Rn. 48/50.

115 EuGH, Rs. C-166/11, ECLI:EU:C:2012:119, *González Alonso*, Rn. 27.

116 EuGH, Rs. C-149/15, ECLI:EU:C:2016:840, *Wathelet*, Rn. 37 f.

In *Lexitor* stellt der EuGH in den Raum, der Kreditgeber könnte bei eingeschränkter Auslegung der bei vorzeitiger Kreditrückzahlung zu ermäßigenden Kosten diese anders ausweisen und sie so vom Ermäßigungsrecht ausnehmen; außerdem könnte er höhere Einmalzahlungen verlangen.¹¹⁷ Handelt es sich bei dieser Vorgehensweise um das einzige Beispiel einer ausdrücklichen Vergleichsüberlegung, muss man doch festhalten, dass sie Spekulation ist. Es ist nicht ersichtlich, dass dem EuGH konkrete Beispiele solcher Praktiken vorlagen.

Insgesamt fällt die Bewertung hier kritisch aus. Zum einen arbeitet der EuGH Zwecke längst nicht immer hinreichend konkret heraus. Zum anderen erfolgt keine echte Überprüfung der praktischen Folgen im Sinne einer Vergleichsbetrachtung. Entweder fehlt eine ausdrückliche derartige Betrachtung bereits, oder aber die Folgen einer abweichenden Auslegung verbleiben im Spekultativen.

An dieser Stelle der Analyse bestünde Anlass wie Raum für Rechtstat-sachen(-er-)forschung. Der EuGH nutzt diesen nicht annähernd aus. Freilich ist der EuGH institutionell dazu auch nicht am besten geeignet. Ein nationales Gericht in voller Kenntnis des Sachverhalts und mit etwaiger Erfahrung aus ähnlich gelagerten Fällen könnte eine deutlich fundiertere, weniger spekulative Vergleichsbetrachtung anstellen. Eine sinnvolle Arbeitsteilung dürfte daher darin bestehen, dass sich der EuGH einerseits mit entsprechenden Aussagen zurückhält und die konkrete Prüfung den nationalen Gerichten überlässt – die andererseits in Vorlagefragen nicht nur Auslegungszweifel darlegen, sondern konkrete Auslegungsvarianten vorstellen und deren praktische Folgen umreißen sollten.

F. Fazit

Vor einer Rekapitulation der Ergebnisse sei an die Beschränkungen dieses Beitrags erinnert. Er zieht nicht in Zweifel, dass der *effet utile* im Allgemeinen ein prägendes Instrument des EuGH ist; ebenso wenig, dass er wesentlich zur Entwicklung des Unionsrechts zu einem eigenständigen Rechtsgebiet beigetragen hat.¹¹⁸ Gegenstand dieses Beitrags war allein die ausdrückliche Verwendung des *effet utile*-Arguments im Kontext bestimmter, nämlich verbraucherschützender, privatrechtlicher Richtlinien.

117 EuGH, Rs. C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702, *Lexitor*, Rn. 31 f.

118 Dafür *Basedow*, *EU Private Law* (Fn. 17), 641.

Hierbei hat sich ein differenziertes Bild gezeigt. Mit (praktischer/voller/vollständiger) „Wirksamkeit“ arbeitet der Gerichtshof tendenziell weniger häufig, als ihm dies anscheinend vielfach unterstellt wird. Erfasst man jedoch Argumente der Zielerreichung oder -gefährdung als Spielarten des *effet utile*, ist die Annahme einer vielfachen Verwendung dagegen deutlich plausibler. Gerade die „praktische Wirksamkeit“ als *pars pro toto* für alle Formen des *effet utile* zu verwenden, erweist sich damit allerdings als fragwürdig, zumal diese Wendung selbst innerhalb der „Wirksamkeits“-Formulierungen keine Spitzenposition einnimmt.

Es lassen sich insbesondere fünf Anwendungssituationen für diese Art der Argumentation erkennen. Sie sind allerdings, was misslich ist, regelmäßig nicht mit einer bestimmten Wortwahl verbunden. Vielmehr verwendet der EuGH die verschiedenen Ausdrücke ganz offenbar als Synonyme. Juristische Gründe lassen sich dafür nicht erkennen, über außerjuristische nur spekulieren. Gleiches gilt für das „Ob“ der Heranziehung einer entsprechenden Argumentation. Insbesondere lässt sich nicht erkennen, dass sich der Gerichtshof von der Verwendung oder Nichtverwendung entsprechender Argumente in den Schlussanträgen, durch das vorlegende Gericht oder durch Verfahrensbeteiligte maßgeblich beeinflussen ließe.

Die Analyse des (kleinen) Ausschnitts der Fälle, in denen der EuGH mit „praktischer Wirksamkeit“ zur Begriffsklärung arbeitet, hat nicht den Vorwurf der Eindimensionalität erhärten können. Sie hat jedoch ungenutztes Potenzial für Rechtstatsachenforschung aufgezeigt.

Folgenorientierung als „Hoffnungsträger der Rechtsmoderne“ – Über eine wirklichkeitsnahe Methode, die es nicht in den Kanon schaffte

Dr. Susanne K. Paas*

I. Luhmann und Teubner streiten sich oder der Ruf nach der Folgenorientierung

Im Jahr 1975 stritt Gunther Teubner mit Niklas Luhmann. Während Luhmann der Berücksichtigung von Folgen bei der Rechtsanwendung kritisch gegenüberstand, befürwortete Teubner sie vehement. Wenn es aus heutiger Perspektive auch überraschen mag, trat mit Teubner eine Mehrheit der Rechtswissenschaftler¹ in allen drei Kerngebieten des Rechts von den 1960er bis in die 1980er Jahre für eine Folgenberücksichtigung ein.²

Zeitgenossen verschiedener methodischer Richtungen nahmen sie als gleichermaßen neu wie zeittypisch wahr:³ Klaus Hopt sprach von einem „bekannte[n] Trend zur Folgenorientierung in der Rechtswissenschaft“,⁴ Winfried Hassemer von einer „unübersehbaren Modernität“.⁵ Klaus Adomiet erklärte die Folgenorientierung als „wichtigste Leistung der heutigen Methodenlehre“ und konstatierte, dass auch Gerichte immer stärker vom

* Dr. jur., LL.M. (Yale), B.A. Der Text folgt im Wesentlichen der Fassung des auf der GJZ 2023 gehaltenen Vortrags. Die Nachweise sind exemplarisch gehalten. Für Anregungen der Teilnehmenden bin ich dankbar.

1 Soweit ersichtlich hat zuerst *M. Kriele* Folgenorientierung als Methode gefordert, *Theorie der Rechtsgewinnung* entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967, S. 221, 332. Ein Raster von Kritikern und Befürwortern der Folgenorientierung bei *M. R. Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, München 1995, S. 9.

2 Zum Zeitraum auch *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, Bd. 2, 3. Aufl., München 2020, S. 222.

3 Die Begriffe divergierten. So sprachen einige auch von Folgenabwägung, Folgenberücksichtigung oder Folgenanalyse.

4 *K. Hopt*, Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten? *JZ* 1975, 341 (343 Fn. 28).

5 *W. Hassemer*, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, in: Norbert Horn (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München 1982, S. 493 (494).

Ergebnis her dächten⁶ und Wolfgang Hoffmann-Riem kennzeichnete es als „herrschende juristische Auffassung“, „daß die Folgen der Norminterpretation bzw. einer konkreten Entscheidung mitberücksichtigt werden, und daß insbesondere wertende Entscheidungen auf einer Folgendiskussion beruhen müssen.“⁷ Und rückblickend erklärte Günther Teubner: „In den siebziger Jahren waren die grellen Scheinwerfer der juristischen Öffentlichkeit auf einen neuen Konsequentialismus gerichtet. Folgenorientierung war Hoffnungsträger der Rechtsmoderne.“⁸

Haben sich diese Hoffnungen erfüllt? In den Kanon geschafft hat es die Folgenorientierung jedenfalls nicht. Dort findet man weiterhin nur Wortlaut, System, Geschichte, Telos, nicht aber die Folgenorientierung. Das ist besonders deswegen überraschend, weil wohl die meisten Juristen heute und auch damals nicht bezweifeln würden, dass Gerichte de facto Folgen in ihrer Auslegung berücksichtigen. Dieses Paradoxon aus Praxis und methodischer Reflexion brachte Christian Bumke auf den Punkt: „Das Rätsel um die Verknüpfung zwischen Einsicht in die tatsächlichen Gegebenheiten und Zusammenhänge und Verständnis eines rechtlichen Maßstabes konnte nicht gelöst werden.“⁹

Das mag ein Grund sein, warum die Folgenorientierung, jenseits des Kanons, lebendig ist. Teilweise formuliert der Gesetzgeber sie als Auftrag.¹⁰ Daneben wird das Konzept wissenschaftlich weiterhin diskutiert. Eine große arbeitsgerichtliche Tagung fragte 2006 nach der Bedeutung des Konzepts für das Arbeitsrecht.¹¹ In Arbeiten zur ökonomischen Analyse des Rechts ist die Folgenorientierung ein viel vertretender Gast;¹² sie findet sich

6 K. Adomeit, Methodenlehre und Juristenausbildung, ZRP 1970, 176 (179).

7 W. Hoffmann-Riem, Medienwirkung und Medienverantwortung. Methodisch und verfassungsrechtlich orientierte Überlegungen zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: F. Kübler (Hrsg.), Medienwirkung und Medienverantwortung. Überlegungen und Dokumente zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1975, S.19 (24).

8 G. Teubner, Folgenorientierung, in: ders. (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1995, S. 9.

9 C. Bumke, Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017, S. 153.

10 Siehe dazu unter II. 1.

11 V. Rieble/A. Junker (Hrsg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht. Tagung am Bundesarbeitsgericht (27.9.2006), München 2007.

12 Siehe unter den vielen A. v. Aaken, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, Baden-Baden 2003, S. 156–180; C.

häufig in Qualifikationsschriften.¹³ Das verwandte Konzept der responsiven Dogmatik, das Gunther Teubner als Antwort auf Niklas Luhmanns Skepsis formulierte, erfreut sich aktuell großer Beliebtheit, wie die prominente Diskussion im Archiv für civilistische Praxis zwischen Michael Grünberger und Karl Riesenhuber zeigt.¹⁴ Schließlich ist es angesichts des (historisch immer wiederkehrenden) Trends, über den Nutzen von Privatrecht zur Bewältigung gesellschaftlicher Krisen, heute vor allem des Umweltschutzes, nachzudenken,¹⁵ nur wahrscheinlich, dass man in Zukunft noch mehr von der Folgenorientierung hören wird. Auch darum lohnt es sich, auf ihre Tradition zu blicken.

Das werde ich aus der Beobachterperspektive der Rechtsgeschichte tun und vor allen Dingen fragen, was die Folgenorientierung als historisches Phänomen ausmachte und warum sie es nicht in den Kanon schaffte. Zudem untersuche ich, welchen Problemen sie begegnete, mit denen auch andere wirklichkeitsnahe Methoden konfrontiert waren. Hier hilft die historische Rückschau, heutige Standpunkte zu reflektieren.

Kirchner, Folgenberücksichtigung bei judikativer Rechtsfortbildung und Ökonomische Theorie des Rechts, in: H. Hof/M. Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht III – Folgen von Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden 2001, S. 33.

- 13 Ein Beispiel für eine aktuellere, wissenschaftliche Analyse bietet *M. Göke*, Der Einzelne im Spannungsfeld von Teleologie und Deontologie in der Rechtsprechung des EuGH. Zugleich ein Beitrag zur Folgenorientierung bei der Auslegung der Verträge, Tübingen 2015; *G. Rühl*, Statut und Effizienz, Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts, Tübingen 2011; *T. Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag. Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen, Tübingen 2012, insb. S. 32–52; international: *Q. Zhang*, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung. Die Bedeutung der juristischen Argumentation für China, Baden-Baden 2010.
- 14 *M. Grünberger*, Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018), 213; *K. Riesenhuber*, Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung? Zu Grünbergers „responsiver Rechtsdogmatik“, AcP 219 (2019), 892; *M. Grünberger*, Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, AcP 219 (2019), 924.
- 15 Vgl. *J.-E. Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, Tübingen 2023, zur Responsivität, S. 75 ff.; grundlegend zur maßgeblichen Regulierungsperspektive ist *A. Hellgardts*, Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.

II. Folgenorientierung als neues Phänomen

Um zu bestimmen, ob Folgenorientierung neu war, muss zunächst das damalige Begriffsverständnis ermittelt werden.

1. Zeitgenössisches Begriffsverständnis

Gesetzlich wird Gerichten und Verwaltung teilweise aufgegeben, die Folgen ihrer Entscheidung zu berücksichtigen, bspw. im Zwangsvollstreckungsverfahren¹⁶ oder in der Datenschutzgrundverordnung.¹⁷ Auch wenn auf solche legislative Folgenanalysen Bezug genommen wurde, stand die judikative Folgenorientierung zeitgenössisch im Fokus. Jenseits eines entsprechenden gesetzlichen Auftrags galt es als ausgemacht, dass Gerichte Folgenerwägungen nutzen. Dies geschehe, so die Annahme, zumeist verdeckt im Rahmen der Normauslegung, insbesondere bei Generalklauseln und unbestimmten Normen.¹⁸ Ein zeitgenössisch gut untersuchtes Beispiel war der damalige § 1 UWG, der auf den Verstoß gegen die guten Sitten für Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche abstellte.¹⁹ Aktuellere Beispiele finden sich in der neueren Rechtsprechung des BGH zur Ohne-Rechnungs-Abrede, die sogar explizit die Folgen zivilrechtlicher Ansprüche für die Sicherung von Interessen der Werkunternehmer und öffentlicher Steuern thematisiert.²⁰

Es ging in den damaligen Debatten aber nicht (nur) um eine Beschreibung der richterlichen Berücksichtigung von Folgen, die, so nahm man

16 Siehe §§ 707, 710 und 712 ZPO.

17 Art. 35 DSGVO fordert explizit eine Folgenabschätzung und legt ein entsprechendes Verfahren fest, um die Freiheit der Betroffenen zu schützen.

18 M. w. N. zu soziologischen Rechtsprechungsanalysen, *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 6; prominent auch *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt a. M. 1970, S. 4.

19 Vgl. seit 2004 § 3 UWG. Siehe bspw., *T. Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht. Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG, Berlin 1977; weitere Beispiele bei *K. J. Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1971, S. 28, 56, 193; *W. Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, Darmstadt 1974, S. 212f.; *F. Jost*, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Berlin 1979, S. 13, S. 160.

20 Siehe bspw. BGHZ 201, 1 (24, 25, 28, 29).

an, ohnehin stattfanden.²¹ Stattdessen wurde diese Folgenorientierung konkret als neue Methode gefordert. Die Richterin sollte die Folgen einer Auslegung der Norm ermitteln und diejenige Auslegung bei mehreren möglichen vorziehen, die unerwünschte Folgen vermied und gewünschte Folgen zeitigte,²² wobei mit Folgen die Realfolgen, nicht die Rechtsfolgen gemeint waren.²³ Einige Rechtswissenschaftler unterschieden zwischen den Folgen für die Parteien des Rechtsstreites – die Klägerin wird durch die Kündigung arbeitslos und kann ihre Familie nicht mehr ernähren – und solchen für die Gesellschaft.²⁴ Ein aktuelles Beispiel für letztere Perspektive sind Versuche, über die spezielle Auslegung des kaufrechtlichen Mangelbegriffs unter Berücksichtigung der Corporate Social Responsibility-Debatte mehr Nachhaltigkeit zu erreichen.²⁵ Folgen umfassten sowohl Wirkungen als auch Kosten.²⁶ Eine Mehrheit wollte für die Ermittlung der Folgen auf die Rechtstatsachenforschung als empirische Soziologie sowie unter Umständen auf die ökonomische Analyse des Rechts zugreifen.²⁷ Hier wurde die Folgenorientierung also interdisziplinär gedacht;²⁸ man bemühte sich um mehr Rationalität als die in der damaligen Zeit so stark kritisierten Alltagstheorien von Gerichten mutmaßlich lieferten.

21 Am deutlichsten wohl bei *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung (Fn.1), S. 332: „Die Erwägung der Folgen der Entscheidungsmaxime ist für die Praxis selbstverständlich und unausweichlich. Luhmanns Frage aber, ob Rechtsentscheidungen an ihren Folgen zu orientieren seien, erscheint dem Juristen unverständlich und irrelevant. Sie werden an ihren Folgen orientiert, und daran wird und kann sich nichts ändern. Die Frage ist nicht, ob dieses Prinzip gut gewählt ist, denn es steht nicht zur Wahl.“

22 Am ausführlichsten zum Verfahren mit zeitgenössischer Literatur *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 89.

23 *G. Lübke-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen? München 1981, S. 25–39.

24 So *T. Sambuc*, Folgenerwägungen (Fn.19), S. 102 f. oder *T. W. Wälde*, Juristische Folgenorientierung. „Policy analysis“ und Sozialkybernetik. Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung von Folgenorientierung im Rechtssystem, Frankfurt a. M. 1977, S. 6.

25 Siehe m. w. N. *J.-E. Schirmer*, Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas, ZEuP 2021, 35, insb. 41–51; *S. Asmussen*, Haftung für CSR, Tübingen 2020.

26 *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 151.

27 Statt vieler, *G. Teubner*, Folgenorientierung (Fn. 8), S. 9 (9–11).

28 Besonders deutlich *K. Adomeit*, Methodenlehre und Juristenausbildung, ZRP 1970, 176 (179): „Die Folgenanalyse ist, für sich genommen, keine juristische Aufgabe, sondern eine sozialwissenschaftliche. Hier ist der Ansatz bisher ungenutzter Kooperation mit Ökonomen, Betriebswirten, Soziologen, Psychologen, Technikern.“

Auch wenn die Konzepte im Einzelnen auseinandergehen, lassen sich überschneidende Beschreibungen der judikativen Tätigkeit nach der neuen Methode finden: Zunächst sollten die unterschiedlichen Auslegungsalternativen dargestellt werden, dann die Folgen bei ihrer jeweiligen Anwendung ermittelt und schließlich die Folgen abgewogen werden.²⁹ So platzierte man sich in der Mittellage zwischen verschiedenen Rechtsverständnissen: Einerseits grenzte man sich durch die Berücksichtigung der Folgen für normativen Fragen von rechtstheoretischen Positionen ab, die Sein und Sollen trennen, andererseits sah man Recht autonom von Gesellschaft und Politik.³⁰

2. Früher war alles folgenlos?

War nun eine so verstandene Folgenorientierung neu? War früher alles folgenlos? Hier ist zwischen einer deskriptiv-faktischen und einer normativ-methodischen Ebene zu unterscheiden. Zeitgenössisch ging es, wie ausgeführt, weniger um eine Beschreibung der gerichtlichen Praxis als vielmehr um einen Aufruf zu einer neuen Methode. Die Folgen dieser Folgenorientierung lehnte man lange Zeit ab. So sprach sich Friedrich Carl von Savigny im Jahr 1840 deutlich gegen eine Folgenorientierung aus: „Der innere Werth des Resultats ist unter allen Hilfsmitteln das gefährlichste, indem dadurch am leichtesten der Ausleger die Grenzen seines Geschäfts überschreiten und in das Gebiet des Gesetzgebers hinübergreifen wird.“³¹ Dieses Denken vom Recht änderte sich bald, ohne dass damit jedoch neue Methodenvorstellungen verbunden gewesen wären. So wollte Rudolf von Jhering zwar bekanntermaßen Zwecke im Recht berücksichtigen, was nah an Folgenüberlegungen ist, schlug aber keine neue Methode vor.³² Im Kaiserreich wurde intensiv über die Rolle des Gerichts diskutiert, ohne dass

29 Vgl. T. Sambuc, Folgenerwägungen (Fn. 19), S. 96 ff.; T.W. Wälde, Juristische Folgenorientierung (Fn. 24), S. 6 f. Deutlich differenzierter, aber in der Sache vergleichbar M. R. Deckert, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 122 m. w. N.

30 Zur Autonomie des Rechts vgl. C. Bumke/A. Röthel (Hrsg.), Autonomien im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Begriff, Tübingen 2017 sowie J. Rückert/L. Raphael (Hrsg.), Autonomie des Rechts nach 1945. Eine Veröffentlichung aus dem Arbeitskreis für Rechtswissenschaft und Zeitgeschichte an der Akademie der Wissenschaften und der Literatur / Mainz, Tübingen 2020.

31 F. C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 225; zu dem Zitat bei J. Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 222.

32 R. v. Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. I, Leipzig 1877.

explizit gefordert wurde, Folgen zu berücksichtigen. Auch die sich nach 1933 formende Wertungsjurisprudenz mochte zwar de facto in der objektiv-teleologischen Auslegung Folgenerwägungen anstellen, flaggte dies aber mehrheitlich nicht so aus. Schließlich ließe sich über rechtssoziologische Überlegungen in den USA als Anfänge nachdenken,³³ aber auch hier wurde keine neue Methode entwickelt. Der Methodenansatz war also neu.

3. Hintergrund der Folgenorientierung

Wenn die Folgenorientierung als Methodenforderung ein neues historisches Phänomen war, stellt sich die Frage, wieso sie gerade ab den 1960er Jahren so breit diskutiert wurde. Maßgeblich erscheint eine Kombination rechtsinterner und gesellschaftlicher Veränderungen. Schlagwörter für die auszuführenden Entwicklungen sind die Bemühungen um mehr Wirklichkeitsnähe in Rechtsbegriff und Methode, die veränderten Vorstellungen von der Aufgabe des Privatrechts, auf das ich mich hier konzentriere, sowie neue Richter- und Gesetzesbilder, nicht weniger aber auch der soziale Reformdruck.

a) Wirklichkeitsbezüge in Rechtsbegriff und Methode

Nach 1945 berücksichtige die Rechtswissenschaft Wirklichkeitsargumente in den rechtstheoretischen Debatten um den Rechtsbegriff und den Diskussionen um Rechtsmethode stärker. Wie Jan Schröder herausgearbeitet hat, gilt nach 1945 erstmalig nur noch das Recht als Recht, das ein Minimum an sozialer Wirksamkeit aufwies. Das ist ein bedeutender Unterschied zu vorherigen Debatten, in denen eine positive Norm auch dann als Recht galt, wenn sie faktisch nicht wirksam war.³⁴ Provokant formuliert konnte nun Wirklichkeit Gesetz derogieren. Auch die Methodendebatten erlebten einen Wirklichkeitsschub.³⁵ Das wird besonders deutlich in den Diskussionen um das Richterrecht. Mit Josef Esser analysierte man Richterrecht zwischen System und Präjudiz und entdeckte die Vorverständnisse und

33 Siehe bspw. *P. Nonet/P. Selznick, Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, Oxon 1978.

34 *J. Schröder, Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 131–134.

35 *J. Schröder, Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 257 f. geht weiter und unterstellt einen Einfluss des Rechtsbegriffs auf die Rechtsmethoden.

Vorurteile des Gerichts.³⁶ Für die Folgenorientierung war das relevant, weil man sich nicht nur dafür interessierte, was Gerichte wirklich taten. Stattdessen wollte man diese Praxis auch methodisch verarbeiten und anleiten. Zudem hing das Bestreben um eine stärkere Wirklichkeitsberücksichtigung damit zusammen, dass die erstarkende Rechtssoziologie die Rechtswissenschaft herausforderte. Charakteristisch dafür ist der Buchtitel des Juristen und Soziologen Rüdiger Lautmann „Die Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz“.³⁷ Man sah die Rechtswissenschaft eingesperrt im „Paragraphenturm“,³⁸ bemängelte Alltagstheorien von Gerichten, wo sozialwissenschaftliche Theorien am Platz seien und sprach von Juristenideologien. Auch die Ausbildung sollte sich, wie die Experimente um die einstufige Juristenausbildung zeigen, stärker interdisziplinär ausrichten.³⁹

b) Privatrecht als Regulierung

Gleichzeitig entstanden neue Narrative von der Aufgabe des Privatrechts. Sie nahmen die in den sechziger und siebziger Jahren feststellbare Steuerungseuphorie in der Politik auf.⁴⁰ Es ist sicherlich kein Zufall, dass Roscoe Pounds Konzept des „Social Engineering“ in derselben Zeit von der deutschen Rechtswissenschaft aufgegriffen wurde.⁴¹ Mit der Folgenorientierung

36 J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956; ders., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (Fn. 18).

37 R. Lautmann, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation der beiden Disziplinen, Stuttgart 1971. Ähnlich auch A. Heldrich, der seinem Aufsatz den Titel gab „Das trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts“, JuS 1974, 281.

38 So der Titel der Arbeit von X. Berra, Im Paragraphenturm. Eine Streitschrift zur Entideologisierung der Justiz, Berlin/Neuwied 1966.

39 Dazu auch M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV, Leipzig 2012, S. 460–462; zu den Lehrbüchern aus der Zeit vgl. S. K. Paas, Soziologie im freien Fall? Rechtswissenschaft und Soziologie in zivilrechtlichen Lehrbüchern der 1970er-Jahre, Mittelweg 36 (2022), 39. Die Beiträge dieses thematischen Heft des Mittelwegs widmen sich den Beziehungen von Rechtswissenschaft und Soziologie in der Zeit.

40 Siehe H.-P. Burth/A. Görlitz (Hrsg.), Politische Steuerung in Theorie und Praxis, Baden-Baden 2001; R. Voigt, Staatliche Steuerung aus interdisziplinärer Perspektive, in: K. König/N. Dose (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlicher Steuerung, Köln 1993, S. 289. Dazu auch M. R. Deckert, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 25.

41 Bspw. K. J. Hopt, Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte im Wirtschaftsrecht, BB 1972, 1017 (1020).

wurde auch die ökonomische Analyse populär.⁴² Deren zentrale Frage war die Steuerung und Optimierung menschlichen Verhaltens durch Recht.⁴³ Im Privatrecht begann in diesen Jahren das Nachdenken über Regulierung durch Privatrecht. Hier liegen die Anfänge von Arbeiten wie Hellgardts „Regulierung und Privatrecht“ oder Thönissens „Subjektive Privatrechte und Normvollzug“.⁴⁴

Liest man Privatrecht als Regulierung, muss man sich mit Folgenorientierung, auch bei Gerichten, auseinandersetzen. Die inhaltliche Nähe beider Fragen wird besonders deutlich bei Thomas Wälde, der als leitende Frage seiner Doktorarbeit im Jahr 1979 formulierte: „Wie kann die praktizierte und durch Gesetz der Rechtsprechung ausdrücklich überantwortete Folgenorientierung einen optimalen Beitrag zur Leistungsfähigkeit des gesamten Staatssystems erbringen?“⁴⁵

c) Gerichte als Sozialingenieure oder als Abwäger von Ewigkeitswerten

Eng mit dem Nachdenken über privatrechtliche Regulierung verbunden war ein verändertes Bild über die Judikative. Anders als in der Forschung angenommen,⁴⁶ wurden unterschiedliche Hoffnungen mit der Folgenorientierung verbunden, die sich wiederum auf unterschiedliche Bilder bezogen.

Bei einigen Befürwortern der Folgenorientierung war diese das Resultat einer neuen Rolle des Gerichts. Im Hintergrund stand das Narrativ eines umfassenden wirtschaftlichen, sozialen und gesetzlichen Wandels. Es spiegelte die eben gekennzeichneten Veränderungen. Der liberale Staat sei zum regulierenden Wohlfahrtsstaat geworden, damit verbunden habe sich das Gesetz vom Konditional- auf das Finalprogramm umgestellt. Das aber

42 Zur Geschichte sowie Methodik siehe *F. Laudenklos*, Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts, in: J. Rückert/R. Seinecke (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017 S. 471; *J. Horst*, Ökonomische Theorien des Rechts, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 301.

43 *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 72.

44 *A. Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht (Fn. 15); *S. F. Thönissen*, Subjektive Rechte und Normvollzug, Tübingen 2022, wobei er der Regulierung kritisch gegenübersteht (dazu bspw. S. 243 ff.).

45 *T.W. Wälde*, Juristische Folgenorientierung (Fn. 24), S. 3.

46 *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 221–227 differenziert nicht zwischen den Gruppen.

zwinge auch die Gerichte, anders zu arbeiten. Gesellschaftliche und wirtschaftliche Steuerung gehöre nun zu den Aufgaben, die der Gesetzgeber der Judikative, insbesondere durch unbestimmte Rechtsbegriffe, Zielvorgaben und Abwägungen überantworte, also durch „Zweckerreichungsaufträge“, nicht durch Entscheidungsvorgaben.⁴⁷ Um seiner neuen Rolle als Gestalter und Mikro-Gesetzgeber gerecht zu werden, sollten Gerichte auch die Folgen ihrer Entscheidungen berücksichtigen.⁴⁸ In dieser Lesart war Folgenorientierung also eher das Ergebnis eines Wandels der Gesetzgebung.

Dagegen betonten andere Forscher, wie Martin Kriele und Adalbert Podlech, Folgenorientierung sei eine Antwort auf den, mit Max Weber, „ewigen Götterkampf der unversöhnlichen Werte“.⁴⁹ Zwar wollten auch sie die Wirklichkeit mehr einbeziehen, sie dachten aber stärker philosophisch statt soziologisch.⁵⁰ Dieser Götterkampf sei angesichts der Wertungsdivergenzen in der pluralen Welt der Moderne besonders schwierig geworden. Solche Aussagen waren häufig, ohne es explizit zu machen, Abgrenzung zu der erzwungenen ideologischen Wertungseinheit im Nationalsozialismus.⁵¹ Rationalitätsgewinne bei der Abwägung erhoffte man sich durch das Verfahren der Folgenorientierung, das zur Selbstkontrolle zwänge. Das Gericht sollte angehalten werden anzugeben, was es sich ohnehin überlegte, nämlich, welche Folgen seine Entscheidung hatte. Zudem sollte durch die Angabe der vom Gericht angenommenen Folgen die Vermittelbarkeit der Entscheidung erhöht werden. Weil die Folgenorientierung eine mehrstufige Beschreibung des Rechtsfalles von der Beschreibung der Normalalternativen über deren Folgen bei der Anwendung bis zur Bewertung dieser Folgen erfordere, lasse sich ein Dissens der jeweiligen Ebene klarer zuordnen und dort gegebenenfalls lösen.

47 Siehe bspw. bei T.W. Wälde, Juristische Folgenorientierung (Fn. 24), S. 1–8, sowie S. 11 f.

48 So explizit T. Sambuc, Folgenerwägungen (Fn. 19), S. 16: „Was hier zunächst als ‚Stilwandel‘ bezeichnet wird, werden wir später als Symptom einer tiefgreifenden Umwälzung der Funktionen, Arbeitsweisen und Legitimationen von Rechtsprechung darzustellen haben.“

49 M. Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 2. Aufl., 1951, S. 589, der vorschlug, die Konsequenzen aufzuzeigen, die eintreten, wenn man einem Wert folge.

50 Siehe bspw. das Vorwort bei M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung (Fn. 1), S. 6; A. Podlech, Wertungen und Werte im Recht, AöR (1970), 185 (197–199); G. Winter, Tatsachenurteile im Prozeß richterlicher Rechtssetzung, Rechtstheorie 2 (1971), 171 (178).

51 Dazu J. Rückert, Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys, in: ZRG GA (1986), 199 (221); S. K. Paas, Das bewegliche System. Zur Karriere einer juristischen Denkfigur, Tübingen 2021 m. w. N.

Pointiert sah die eine Richtung in der Folgenorientierung eine Öffnung zur Wirklichkeit, die andere sah in ihr eine Rationalisierung von zeitgebundenen oder dauernden Werten. Beide knüpften an verschiedene Kontexte an.

III. Ungeklärte Fragen an die Folgenorientierung

Antworten auf die Probleme der Folgenorientierung fanden beide Richtungen nicht und ein Konsens ließ sich nicht herstellen.⁵²

Unklar war zunächst, welche Folgen vom Gericht überhaupt berücksichtigt werden sollten.⁵³ Sollten und durften beispielsweise die negativen Folgen für die Umwelt bei der Beurteilung des kaufrechtlichen Mangelbegriffs berücksichtigt werden, wie heute viel diskutiert wird?

Daneben trat die Frage, wie man bewerten solle, welche Folgen erwünscht und welche unerwünscht seien. Regelmäßig sollte diese Frage mit Hilfe des gesetzgeberischen Normzieles bei Erlass der Norm oder aus den grundgesetzlichen Werten beantwortet werden.⁵⁴ Dass das jenseits von eindeutigen Fällen – Vollbeschäftigung ist besser als Arbeitslosigkeit – schwierig war, sahen auch die Befürworter der Folgenorientierung.⁵⁵ Nur wenn es ausschließlich um Vermögensfragen ging, sollten Law and Economics eine legitime Hilfe liefern.⁵⁶

52 So auch und mit teilweise weiteren Nachweisen J. Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 224–227.

53 Das spiegelten auch die teilweise sehr ausdifferenzierten Bezeichnungen der Folgen wider: Mikro- und Makrofolgen, Individual- und Sozialfolgen, unmittelbare und mittelbare Folgen, dazu bei M. R. Deckert, *Folgenorientierung* (Fn. 1), S. 115–118 mit Nachweisen auf zeitgenössische Stimmen; ebenso bei P. Lassahn, *Rationalität und Legitimität der Folgenberücksichtigung*, ARSP (2013), 323 (326–330).

54 Vgl. bspw. H.-W. Schünemann, *Sozialwissenschaft und Jurisprudenz. Eine Einführung für Praktiker*, München 1976, S. 66.

55 So stellte Haverkate beispielsweise in Hinblick auf einen „allgemeinen Folgenabwägungsgrundsatz“, das „fundamentalere Interesse gebührte stets der Vorrang vor dem weniger fundamentalen“, heraus, dass dieser zwar bei eindeutigen Situationen einer Abwägung von Leben gegen Religionsfreiheit für das Leben hilfreich sei, aber diese eindeutigen Fälle eben doch selten seien. Er resümierte dann aber doch hoffnungsvoll: „Weil uns nur die Folgenorientierung als (einziger) Rationalitätsmaßstab geblieben ist, fehlt uns oft der Mut die dabei auftauchenden Schwierigkeiten so klar zu sehen“, G. Haverkate, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlin 1977, S. 215.

56 Dazu J. Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 226.

Das dritte Problem war die Praktikabilität. Gerade weil eine Mehrheit sich ja nicht auf Alltagstheorien für die Folgen verlassen wollte, sondern sozial- und wirtschaftswissenschaftliche Analysen anstellte, fragte man sich, wie sicher und auch wie zeitaufwendig und teuer die Folgenprognose, gerade für die Parteien eines Zivilprozesses, war.⁵⁷ Unklar war auch, ob die gerichtlich angenommenen Folgen in der nächsten Instanz überprüfbar sein sollten, was, sollte man dies bejahen, eine Überlastung des Instanzenzugs zur Folge haben könnte.⁵⁸

IV. Kritik an der Folgenorientierung

Die Folgenorientierung stieß auch auf Widerstand. Von den Kritikpunkten sind besonders diejenigen von Interesse, die sich auch auf andere wirklichkeitsnahe Methoden übertragen lassen.⁵⁹

Die naheliegendste und auch häufigste Kritik ist der Verstoß gegen die Gewaltenteilung: Das Gericht spielt sich als Gesetzgeber auf. So wahr diese Kritik sein mag und so wichtig sie ist, so leicht kommt sie an ihre Grenzen, wenn man andere methodischen Prämissen zugrunde legt. So wird in der Rechtswissenschaft teilweise die Unvermeidbarkeit richterlicher Eigenwertung betont. Wenn man annimmt, dass Gerichte nur begrenzt durch Gesetz gebunden werden *können*, diskutiert man schnell andere Bindungstechniken wie Methode. Davon ausgehend verfehlt der Vorwurf eines Verstoßes gegen die Gewaltenteilung seinen Gegenstand, insoweit richterliche Eigenwertungen, nach dieser Lesart, ohnehin stattfinden und nur angeleitet oder freier erfolgen können.

Eine andere, zeitgenössisch wirksame⁶⁰ Kritik formulierte Niklas Luhmann auf dem Boden seiner Systemtheorie. Er problematisierte statt der

57 W. Naucke, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, Frankfurt a. M. 1972, S. 41 sah das klar: „Vorbedingung [einer Folgenberücksichtigung] dafür wäre, daß z.B. die Planstellen für Richter und Staatsanwälte vermehrt, die Gebührensätze für die Tätigkeit der Anwälte angehoben, die Besoldungsvorschriften für Rechtspfleger attraktiver gestaltet und die Bücheretats der Gerichtsbüchereien erheblich aufgestockt werden“.

58 Dazu M. R. Deckert, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 20.

59 Soweit ersichtlich alle Kritikpunkte sind zusammengetragen bei H. Rottleuthner, Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, in: Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz, ARSP Beiheft N.F. Nr. 13, Wiesbaden 1980, 97 (115).

60 Eine gute Auseinandersetzung mit Luhmanns Kritik bei G. Lübke-Wolff, Rechtsfolgen (Fn. 23).

Gewaltenteilung den Umgang des Rechts mit der Zeit.⁶¹ Er nahm zwar an, dass Folgen in Praxis und Rechtswissenschaft de facto berücksichtigt werden,⁶² wies aber auf Probleme bei der methodischen und dogmatischen Verarbeitung dieser Folgen hin. Den Hintergrund bildeten die Verbindungen informationsverarbeitender Systeme, in dem Fall die des Rechts mit seiner (gesellschaftlichen) Umwelt. Es ließen sich zwei Formen der Verbindungen, Input- oder Outputorientierung, ausmachen. Nach Luhmann war entscheidend, welcher Orientierung sich das System eher zuneige:

„Ein Schwerpunkt an der Input-Grenze würde bedeuten, daß das System seine Funktion primär durch sorgfältige Aufnahme und Verarbeitung eingegebener Informationen erfüllt mit relativer Indifferenz gegen die Folgen, die es damit auslöst. Ein Schwerpunkt an der Outputgrenze würde bedeuten, daß das System sein Hauptproblem in der Erzeugung bestimmter Wirkungen in der Umwelt sieht und sich Informationen als Mittel zu diesem Zweck, also nach Maßgabe eines spezifischen Wirkungsinteresse, beschafft.“⁶³

Die Systeme, die am Input orientiert seien, sollten weniger komplex gebildet sein als solche an der Outputgrenze.⁶⁴ Auf das Recht gewendet lässt sich bereits erahnen, wohin Luhmann mit dieser Argumentation wollte: Die klassische juristische Dogmatik sei vorrangig inputorientiert gewesen und damit leichter als eine outputorientierte Dogmatik in der Lage, Komplexität zu reduzieren. Das liege daran, dass Outputorientierung zukunftsorientiert und die Zukunft immer komplexer sei, Inputorientierung aber sei vergangenheitsorientiert. Mit anderen Worten: Gesetzgebung will zwar zukünftige Fälle erfassen, tut dies aber auf der Basis vergangener Fälle. Diese sind naturgemäß reicher und sicherer als Prognosen. Folgenorientierung

61 Dazu auch *P. Lassahn*, Rationalität (Fn. 52), 351–357; da besonders Luhmanns Äußerungen in Rechtssystem und Rechtsdogmatik eine lebhafte Debatte auslösten (besonders kritisch bspw. *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung (Fn. 1), S. 333), soll es hier nur um diese gehen. Dass er später seine Meinungen relativierte, kann außen vor bleiben; dazu siehe *N. Luhmann*, Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993, S. 19 (deskriptiv), S. 378–383 (differenzierend). Vorschläge wie man Folgenorientierung im Recht noch denken könnte, auch bereits bei *N. Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, insb. S. 41–48.

62 *N. Luhmann*, Rechtssystem (Fn. 61), S. 7 Folgenorientierung sei eine „Selbstverständlichkeit für die Praktiker, eine vernünftige Richtlinie für den Interpreten, ein Bezugspunkt für die Beurteilung juristischer Konstruktionen, dogmatischer Figuren und für den Rechtsvergleich und ein Einfallstor für die Sozialwissenschaften.“

63 *N. Luhmann*, Rechtssystem (Fn. 61), S. 26.

64 *N. Luhmann*, Rechtssystem (Fn. 61), S. 27.

lässt sich deshalb nach Luhmann „zusammenfassend begreifen als Versuch der Umorientierung von der Input-Grenze auf die Output-Grenze“.⁶⁵ Das habe nicht nur zur Folge, dass Komplexität schwerer verarbeitet werden könne, sondern auch, dass die komplexitätsverarbeitende Dogmatik absterbe. Luhmann nannte als Beispiel den Begriff der Willenserklärung, der seine steuernde Wirkung durch die Orientierung an Folgen verliere.⁶⁶ Schätze man aber die Leistungen der Dogmatik gering und reduziere rechtliche Bindungen, so Luhmann, gewinne die politische Kontrolle des Justizpersonals als politische Kontrolle des Rechts an Bedeutung.⁶⁷ Damit sei auch ein allgemeiner Verlust an Rechtssicherheit verbunden.⁶⁸ Auch wenn Luhmann dies nicht deutlich aussprach, ist tatsächlich für den Nationalsozialismus erforscht, dass mit der Reduzierung gesetzlicher Bindung die interne Steuerung der Rechtsanwender zugenommen hat.⁶⁹

V. Warum die Folgenorientierung es nicht in den Kanon schaffte

Nachdem die Debatte mit ihren Verständnissen und Kontextabhängigkeiten vorgestellt wurde, kann überlegt werden, warum Folgenorientierung als wirklichkeitsnahe Methode heute nicht allgemein geläufig ist, obwohl Gerichte sie sehr wohl betreiben. Die Gründe liegen allesamt im Zuschnitt der Rechtswissenschaft. Zunächst ist zu konstatieren, dass obwohl die Debatte zeitweise sehr hitzig geführt wurde, sie die klassischen Methodenlehrbücher nicht erreicht hat. Vermutet man Methodenlehrbücher als den Ort, sich über Methode zu informieren, war deren Schweigen zur Folgenorientierung ein Rezeptionshindernis. Warum wiederum die Methode nicht aufgenommen wurde, ist ungeklärt. Gründe liegen wohl darin, dass die Autoren der einflussreichen Methodenlehrbücher gegenüber der wirklichkeitsnäheren Rechtswissenschaft und auch gegenüber einzelnen Vertretern der Folgenorientierung skeptisch waren. Zudem trafen unterschiedliche

65 N. Luhmann, *Rechtssystem* (Fn. 61), S. 29.

66 N. Luhmann, *Rechtssystem* (Fn. 61), S. 30: „Die Begriffe müssen auf Verwendungskontexte geringeren Abstraktionsgrades reduziert werden. Die Folgen des Begriffs der Willenserklärung oder der ungerechtfertigten Bereicherung lassen sich in dieser Abstraktionslage nicht ausmachen. Bei folgenbewußtem Gebrauch dienen Begriffe allenfalls noch als Einstieg in die Fallanalyse.“

67 N. Luhmann, *Rechtssystem* (Fn. 61), S. 48.

68 N. Luhmann, *Rechtssystem* (Fn. 61), S. 35.

69 B. Mertens, *Rechtssetzung im Nationalsozialismus*, Tübingen 2009, S. 92.

wissenschaftliche Überzeugungen aufeinander. Ging man beispielsweise wie Franz Bydlinski in seinem bekannten Methodenbuch davon aus, dass Recht besonders Werte umsetzt und diese erkennbar sind,⁷⁰ ist die Frage der Folgenorientierung schlicht weniger relevant. Dazu kam, dass die Folgenorientierung nicht nur kaum in Methodenlehrbüchern zu finden war, sondern sie es auch, jenseits der einstufigen Ausbildung, nicht an die juristischen Fakultäten geschafft hat.⁷¹ Sie dort im Rahmen der Ausbildung zu unterrichten, hätte mehr Interdisziplinarität in der Lehre erfordert. Diese ist nicht nur schwierig umzusetzen und erfordert viel von Lehrenden und Studierenden; sondern sie ist auch mit der Gefahr der Machtverlagerung auf andere Fakultäten verbunden. Schließlich ist die Folgenorientierung, wie die historische Auslegung, nicht praktikabel für Klausuren.⁷² Da die Rechtswissenschaft ihre Grenze allzu häufig vom Rechtsstudium erhält, waren diese Gründe wirkmächtig.

70 Dazu S. K. Paas, Das bewegliche System (Fn. 50), S. 13 f.

71 Vgl. D. Hart, Die einstufige Juristenausbildung an der Universität Bremen, RuP (1979), 21 (22).

72 Siehe nur G. Winter, Preisaufsicht und Preisregulierung im Mietrecht, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht. Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung, Neuwied 1981, S. 337. Winter entwarf in einem Fallbuch, das sozialwissenschaftliche Arbeitsweisen in das dogmatische Arbeiten im Studium zu implementieren suchte, einen Fall mit Folgenorientierung, der die Studierenden wohl vor Schwierigkeiten gestellt hätte. Zu Soziologiebezügen in rechtswissenschaftlichen Lehrbüchern, S. K. Paas, Soziologie im freien Fall? (Fn. 39).

Wirklichkeit und materielles Recht

Quantitative Forschung zur aktienrechtlichen Organadäquanz bei Mergers & Acquisitions

Lukas Hollerung*

A. Anlass: Monsanto-Akquisition durch Bayer

Werner Baumann ist als Vorstandsvorsitzender der Leverkusener Bayer AG seit Mai 2023 Geschichte. Er gilt als Hauptverantwortlicher der im Jahr 2018 finalisierten Akquisition des US-amerikanischen Saatgutriesen Monsanto,¹ welche für den deutschen Konzern in einem Desaster endete.² Während der Schlusskurs der Bayer-Aktie an der Frankfurter Wertpapierbörse am 9. Mai 2016, dem Tag vor Bekanntgabe des Übernahmeangebots, noch etwa 100 EUR betrug, war der Börsenkurs bis Oktober 2020 auf einen Tiefstwert von unter 45 EUR gefallen. Bis zum heutigen Tage hat sich der Aktienkurs kaum erholt.³ Die Marktkapitalisierung beträgt „nur“ rund 55 Mrd. EUR und damit weniger als die Übernahme gekostet hatte (ca. 58,8 Mrd. EUR).⁴ Als Reaktion auf den Kurssturz sprachen sich zahlreiche Anteilseigner für die vorzeitige Beendigung von Baumann's Amtsperiode aus. Um die Wogen innerhalb der Eigentümerschaft zu glätten, verpflichtete der Aufsichtsrat den „unbefangenen“ US-Amerikaner Bill Anderson.⁵

Aus wirtschaftsrechtlicher Sicht ist die Monsanto-Akquisition ein herausragendes Fallbeispiel, um näher über die Ursachen von Transaktionsmisserfolgen und rechtliche Gegenmaßnahmen nachzudenken.⁶ Aus welchen Gründen ignorierten beispielsweise die Bayer-Manager, dass der glyphos-

* Dr. iur., der Beitrag beruht im Wesentlichen auf einem Kapitel meiner Dissertation, siehe L. Hollerung, Say on Corporate Acquisitions, Berlin (im Erscheinen).

1 B. Fröndhoff, Bill Anderson wird neuer Bayer-Chef, Handelsblatt, Nr. 29, 9.2.2023, 1, 24.

2 B. Koch, Im Strudel, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 112, 15.5.2019, 8.

3 Am Tag der Manuskriptabgabe, dem 26.9.2023, kostete die Bayer-Aktie 45,69 EUR (abgerufen über finanzen.net).

4 E. Dostert, Baumann bereut nichts, Süddeutsche Zeitung, Nr. 50, 1.3.2023, 15.

5 B. Fröndhoff, Viel Lob und hohe Erwartungen, Handelsblatt, Nr. 30, 10.-12.2.2023, 24.

6 Mit Ansätzen bereits H. Fleischer/E. Bueren, § 3 Wirtschaftsrechtliche und rechtsökonomische Grundlagen des Übernahmerechts, in: H. Fleischer/N. Paschos (Hrsg.), Handbuch Übernahmerecht, München 2017, Rn. 48 ff.

athaltige *Monsanto*-Verkaufsschläger „Roundup“ mutmaßlich für Krebserkrankungen zahlreicher Kläger ursächlich ist? Möglicherweise unterlagen sie im Akquisitionsprozess einer sog. Affektheuristik, bei der „das Ergebnis von im Vorhinein bestehenden, nicht kritisch hinterfragten Gefühlen oder politischen oder ethischen Grundüberzeugungen beeinflusst wird.“⁷ Wie ist außerdem die Forderung zahlreicher Anteilseigner zu bewerten, nach welcher die Transaktion im Forum der Hauptversammlung hätte diskutiert und mit einem Beschluss verbindlich ratifiziert werden sollen?⁸ Der Vorschlag wurde von *Baumann* persönlich abschlägig unter Verweis auf die fehlende Zuständigkeit der Hauptversammlung für M&A-Transaktionen beschieden.⁹ Ob ein Alleinentscheidungsrecht der Verwaltung gegenüber einem Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung tatsächlich überlegen ist, wird im Folgenden in Bezug auf M&A-Transaktionen näher untersucht. Um die Wirkungsweise der jeweiligen Entscheidungskonstellation „realistisch“ abzubilden, ist es notwendig, Erkenntnisse der empirischen Forschung zu berücksichtigen.¹⁰ Einführend bedarf es einiger Überlegungen zur Methodik der Untersuchung (B.). Anschließend arbeite ich die rechtlichen Schnittstellen heraus (C.). Im Hauptteil erfolgt die rechtsempirische Analyse (D.). Zuletzt ziehe ich ein kurzes Fazit (E.).

B. Methodische Überlegungen

Für die vorliegende Analyse erhebe ich selbst keine Daten. Vielmehr verfolge ich die genuin rechtswissenschaftliche¹¹ Strategie, Untersuchungsergebnisse von Nachbarwissenschaften zu rezipieren (I.). Ein Großteil der Studien stammt aus der quantitativen M&A-Forschung, weshalb ich die methodischen Instrumente dieser Forschungsrichtung anschließend beleuchte (II.).

7 J. Vetter, Intuition und Business Judgment, in: M. Dreher/I. Drescher/P. Mühlbert/D. Verse (Hrsg.), Festschrift für Alfred Bergmann, Berlin/Boston 2018, S. 827 (837).

8 B. Fröndhoff/A. Rezmer/D. Schäfer, Investoren hadern mit Bayer, Handelsblatt, Nr. 82, 29.4.2019, 5.

9 So in der Rede auf der Hauptversammlung 2017, wiedergegeben bei O. Rieckers, Nachlese zur Hauptversammlungssaison 2017 und Ausblick auf 2018 (Teil 2), DB 2017, 2786 (2787).

10 Dazu P. Mason/U. Rodrigues/M. Stegemoller/S. Utke, Wake Forest L. Rev. 53 (2018), 158 (161): “Current arguments about the value of the vote are dominated by anecdote rather than analysis.”

11 W. Schön, Quellenforscher und Pragmatiker, in: W. Schön/C. Engel (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 313 (318).

I. Empirierezeption als Konzept

Die Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse in aktienrechtlichen Arbeiten erfolgt schwerpunktmäßig über deren Rezeption (und nicht der Produktion).¹² Unter Rezeption verstehe ich die Einbeziehung von empirischen Erkenntnissen unter Würdigung ihrer Aussagekraft zur Beantwortung der vom Rezipienten untersuchten rechtlichen Fragestellung. Als Wegmarken der Untersuchung bietet sich der Rückgriff auf ein von *Hamann* in Anlehnung an die evidenzbasierte Medizin entwickeltes Konzept an, das „dem Erkenntnisinteresse der Jurisprudenz gerecht wird und dabei weitestgehend ihre eigene Arbeitsweise ermöglicht.“¹³ Es besteht aus vier Arbeitsschritten:

1. Fragestellung formulieren (*asking*);
2. Frühere Forschung finden (*accessing*);
3. Forschung würdigen (*appraising*);
4. Feststellungen verarbeiten (*applying*).¹⁴

Namentlich unter 3. sind eine Reihe von Rezeptionsregeln zu beachten,¹⁵ auf deren aus meiner Sicht wichtigste ich kurz eingehen möchte. Die sog. „Erkenntnishierarchie empirischer Forschung“ legt fest, dass Forschungsauswertungen (bzw. Meta-Analysen) den empirischen Erkenntnisstand am besten abbilden, auf zweiter Stufe stehen Forschungsberichte und erst zuletzt ist auf Primärstudien zurückzugreifen.¹⁶ Eine Einschränkung erfährt dieser Grundsatz allerdings durch den Umstand, dass zu vielen Rechtsfragen kaum Forschungssynthesen existieren, weil beispielsweise „die Taktung der Rechtspolitik es oft nicht [erlaubt], auf die für Forschungssynthesen erforderliche Evidenzmasse zu warten“¹⁷ oder schon die Erstellung von

12 *H. Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, Tübingen 2014, S. 30 ff.; auch *H. Fleischer*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön, *Proprium* (Fn. 11), S. 50 (74).

13 *Hamann*, *Jurisprudenz* (Fn. 12), S. 32; auch *J. Lüdemann*, Die Grenzen des *homo oeconomicus* und der Rechtswissenschaft, in: C. Engel/M. Englert/J. Lüdemann/I. Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, Tübingen 2007, S. 7 (51): „Bei aller Offenheit für Methoden und Theorien der Nachbarwissenschaften muss die Rezeptionstheorie stets die Eigengesetzlichkeiten der Rechtswissenschaften im Blick behalten.“

14 *H. Hamann*, Empirische Erkenntnisse in juristischen Ausbildungsarbeiten, *JURA* 2017, 759 (765); auch *Hamann*, *Jurisprudenz* (Fn. 12), S. 31 f.

15 Zusammenfassend *Hamann*, *Jurisprudenz* (Fn. 12), S. 106 ff.

16 *Hamann*, *Jurisprudenz* (Fn. 12), S. 126.

17 *Hamann*, *Jurisprudenz* (Fn. 12), S. 131 mit dem wichtigen Zusatz: „zumal nie sicher ist, ob zu einer bestimmten Rechtsfrage überhaupt je ausreichende empirische For-

Primärstudien an dem abweichenden Erkenntnisinteresse der Sozialwissenschaften scheitert.¹⁸

II. Grundlagen der quantitativen M&A-Forschung

Für die vorliegende Untersuchung stützte ich mich ganz überwiegend auf Erkenntnisse der quantitativ-empirischen M&A-Forschung. Im Gegensatz zur qualitativ-empirischen Forschung werden hierbei ausschließlich Fallgruppen oder Fallgesamtheiten und nicht einzelne Sachverhalte untersucht.¹⁹ Zentrales Instrument, um die Datenmengen in Beziehungen zu setzen, ist die sog. Regression. Selbst für Juristen wird die Fähigkeit, eine Regressionsanalyse zu deuten, mitunter zum Handwerkszeug gezählt.²⁰ Daher soll zunächst die Funktionsweise von Regressionsanalysen knapp dargestellt werden (1.). Ordnet man die Aussagekraft der Regressionsanalyse in die Dichotomie der Validitätslehre ein, kommt ihnen nach den Kriterien der externen (2.) und internen Validität (3.) eine hohe Übertragbarkeit und eine geringe Eindeutigkeit zu.

1. Regressionsanalysen

Bei Regressionsanalysen handelt es sich im Kern um Beobachtungsstudien. Für M&A-Forscher ist Gegenstand der Analyse meistens eine Stichprobe von Transaktionssachverhalten aus der Vergangenheit, die bestimmten vorher festgelegten Kriterien entspricht.²¹ Das Ziel von Regressionsanalysen ist es, einen statistischen Zusammenhang (Korrelation) zwischen der abhängi-

schung existieren wird.“; für hiesige Forschungsfrage noch *M. Hechler*, Towards a More Balanced Treatment of Bidder and Target Shareholders, Colum. Bus. L. Rev. 1997, 319 (383) in Fn.190: “I have found no research on the value of shareholder voting rights to bidder shareholders when acquisitions are under consideration.”

18 Dies sieht *C. Engel*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, in: *G. Bachmann/S. Grundmann/A. Mengel/K. Krolow* (Hrsg.), Festschrift für Christine Windbichler, Berlin/Boston 2020, S. 33 (49) als das entscheidende Argument an, wonach Juristen selbst als Primärforscher tätig werden sollten.

19 *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 12), S. 21.

20 *M. Gelter*, Rezension: *E. Towfigh/N. Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2017, *RabelsZ* 83 (2019), 461 (464): „Zumindest eine einfache Regressionsanalyse sollte heute jeder Rechtswissenschaftler deuten können.“

21 Beispielsweise werden nur Transaktionen mit einem Volumen von über 1 Mio. USD erfasst.

gen und einer oder mehrerer unabhängigen Variablen zu modellieren. Entsprechend der im anglo-amerikanischen Wirtschaftsraum vorherrschenden Shareholder Value-Orientierung ist die abhängige Variable meistens der Unternehmenswert,²² welcher in Form der kumulativen abnormalen Rendite oder Jahresabschlusskennzahlen operationalisiert wird.²³ Zum üblichen Kanon der unabhängigen Variablen der M&A-Forschung gehören Eigenschaften der beteiligten Unternehmen, spezifische Transaktionscharakteristiken und makroökonomische Faktoren. Eine abschließende Liste von Variablen hat sich allerdings noch nicht herausgebildet und scheint mit Blick auf die Vielzahl denkbarer Einflüsse und die Heterogenität der Forschungslandschaft auch perspektivisch kaum vorstellbar.²⁴

Mit Regressionen soll nun ermittelt werden, ob eine unabhängige Variable überhaupt Einfluss auf die abhängige Variable hat, wie sich die abhängige Variable bei einer Änderung der unabhängigen Variable verändert und wie sich die abhängige Variable im Zeitverlauf ändert,²⁵ wobei zugleich der Einfluss anderer erklärender Variablen berücksichtigt wird.²⁶ Aufgrund der objektiven Kriterien und der Vergleichbarkeit der erhobenen Daten gilt die Regressionsanalyse – trotz ihrer zweifellos vorhandenen Schwächen – gegenüber anderen Forschungsmethoden wie Geschäftsleiterbefragungen, bestimmten Ereignisanalysen²⁷ oder Fallstudien als überlegene Forschungsmethode.²⁸

22 Dies in Bezug auf die Börsenkursbetrachtung bei der Ereignisstudie herausstellend *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 12), S. 46.

23 Vgl. *T. Brunner-Kirchmair*, Corporate Governance und die Performance von Mergers & Acquisitions, Wiesbaden 2017, S. 25 ff., 30 ff.; unter Einschluss weniger prominenter Variablen siehe die Meta-Betrachtung *M. Zollo/D. Meier*, What is M&A Performance?, *Mgmt. Persp.* 22 (2008), 55 (57 f.) (Table. 1).

24 Vgl. *A. Das/S. Kapil*, Explaining M&A performance, *J. Start. Mgmt.* 5 (2012), 284 (285), deren Auswertung von 48 Primärstudien 125 (!) verschiedene erklärende Variablen zutage fördert.

25 So explizit *S. Georg/N. Petersen*, § 7 Empirische Methoden, in: *E. Towfigh/N. Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, Tübingen 2017, S. 195 (229) Rn. 467.

26 *A. Engert*, Empirische Rechtswissenschaft – Vorstellung einer Forschungsrichtung, *BRZ* 2022, 3 (12).

27 Diese Methode ist nicht zu verwechseln mit der Ereignisstudie (event study). Bei der hier gemeinten Ereignisanalyse wird beispielsweise die Desinvestitionsrate vorher akquirierter Unternehmen oder die Mitarbeiterfluktuation als Erfolgskriterium herangezogen, siehe *Brunner-Kirchmair*, Corporate Governance (Fn. 23), S. 33 f.

28 Etwa *R. Görlitz*, Der Erfolg von Unternehmenszusammenschlüssen, Kassel 2013, S. 63; vgl. überblicksartig *R. Bruner*, Does M&A Pay?, *J. Appl. Fin.* (2002), 48 (51) (Table I.).

2. Externe Validität

Mit der externen Validität wird die Aussagekraft einer Studie über den für die Forschungsfrage relevanten Lebenssachverhalt gemessen.²⁹ Ziel des Primärforschers muss es sein, dass die Eigenschaften der Stichprobe denjenigen der gesamten Population möglichst nah kommen und allenfalls zufällige Abweichungen bestehen.³⁰ Da die quantitative M&A-Forschung vergangene Transaktionen beobachtet, werden weitestgehend unverfälschte Daten aus dem Lebenssachverhalt verwendet, auf den ihre Fragestellung bezogen ist.³¹ Eine Manipulation der Versuchsumstände ist denknotwendig ausgeschlossen. Handelt es sich um eine Zufallsziehung weisen die Ergebnisse die größtmögliche äußere Gültigkeit auf.³²

Als Frage der externen Validität stellt sich allerdings auch dar, ob sich die Erkenntnisse anglo-amerikanischer Primärstudien auf deutsche Unternehmen übertragen lassen. Für eine umfassende Antwort ist hier zwar nicht der Ort, dennoch möchte ich drei Gründe, die *für* eine Übertragbarkeit sprechen, kurz anreißen: Erstens handelt es sich bei der Shareholder Value-Orientierung um eine ideale Referenz,³³ über die sich die anglo-amerikanischen und die deutsche Rechtsordnung inzwischen weitestgehend einig sind.³⁴ Zweitens existiert eine ganze Bibliothek an Beiträgen, in denen die kontinuierliche Annäherung der Corporate Governance-Strukturen zwischen Unternehmen anglo-amerikanischer und deutscher (respektive europäischer) Prägung herausgestellt wird.³⁵ Drittens fehlt es schlicht häufig

29 *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 12), S. 135.

30 Im Kontext der schließenden Statistik nur *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 12), S. 78.

31 Vgl. *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 12), S. 142.

32 Vgl. so *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 12), S. 142 im Zusammenhang mit der „Korrelationsstudie“, dem „Idealtyp der Übertragbarkeit“.

33 Vgl. zu dieser Voraussetzung für den Einsatz ausländischer Empirie A. *Tschentscher*, Rechtsvergleichung und empirische Forschung, ZVglRWiss 2010, 362 (364).

34 Diese Aussage ist vor dem Hintergrund des Aufstiegs der ökonomischen Analyse des Rechts zu verstehen, vgl. T. *Tröger*, Vom Rheinischen Kapitalismus zum Kapitalmarktrecht (und wieder zurück?), in: T. Duve/S. Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, Berlin 2018, S. 664 (686); konkreter H. *Fleischer*, in: Henssler (GesamtHrsg.), OGK-AktG, Stand: 01.07.2023, § 76 Rn. 36 ff.

35 Beispielhaft zur Annäherung zwischen Board-System und Aufsichtsrat nur K. *Hopt*, Der Aufsichtsrat, ZGR 2019, 507 (522); T. *Drygala*, in: K. Schmidt/M. Lutter (Hrsg.), AktG, Köln 2020, § 111 Rn. 5. Zur Annäherung zwischen CEO und Vorstandsvorsitzendem nur H. *Rieger*, Gesetzeswortlaut und Rechtswirklichkeit im Aktienrecht, in: M. Lutter/M. Scholz/W. Sigle (Hrsg.), Festschrift für Martin Peltzer, Köln 2001, S. 339 (347); T. *Baums* (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance,

an Kapitalmarktforschung zum deutschen Rechts- und Wirtschaftssystem, sodass es sich bei anglo-amerikanischen Studien um eine „bestmögliche Quelle für empirische Betrachtungen [...] [handelt] und damit brauchbare Anhaltspunkte auch für das deutsche Recht [liefert].“³⁶

3. Interne Validität

Anhand der internen Validität lassen sich Aussagen zu der Ursachen-Wirkungs-Relation treffen. Eine hohe interne Validität liegt vor, wenn die Veränderungen in den abhängigen Variablen eindeutig auf den Einfluss der unabhängigen Variablen zurückzuführen sind.³⁷ Beobachtungsstudien im Allgemeinen und M&A-Regressionsanalysen im Besonderen lassen eine kausale Interpretation der untersuchten Daten aus einer Reihe von Gründen kaum zu, was immer mehr zu einer Krise der quantitativen M&A-Forschung führt.³⁸

So besteht die Gefahr, dass sich die Kausalität im Vergleich zu der Annahme des Forschers genau umgekehrt verhält oder eine unberücksichtigte dritte Variable für die unabhängige und die abhängige Variable ursächlich ist.³⁹ Des weiteren müssen Forscher immer damit rechnen, dass Störfaktoren auf die abhängige Variable einwirken und den Wirkungszusammen-

Köln 2001, S. 80 Rn. 36. Mit Blick auf die Aktionärsrechte dann etwa A. Hellgardt/A. Hoyer, Transatlantische Konvergenz der Aktionärsrechte, ZGR 2011, 38 (53 ff.); M. Siems, Die Konvergenz der Rechtssysteme im Recht der Aktionäre, Tübingen 2005, passim.

36 P. Goj, Ungeschriebenes Hauptversammlungserfordernis beim Beteiligungserwerb?, Berlin 2017, S. 325; ähnlich Fleischer, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön, Proprium (Fn. 11), S. 50 (73).

37 N. Döring, Forschungsmethoden und Evaluation in den Sozial- und Humanwissenschaften, Berlin 2022, S. 100.

38 Vgl. Das/Kapil, M&A performance (Fn. 24), 284 (298): “the findings [...] are diverse and lack necessary integration and consolidation.”; mit Impulsen A. Meglio/O. Risberg, Mergers and acquisitions – Time for a methodological rejuvenation of the field?, Scand. J. Mgmt. 26 (2010), 87.

39 Zum Problem Hamann, Jurisprudenz (Fn. 12), S. 144; H. Mulherin/J. Netter/A. Poulsen, The Evidence on Mergers and Acquisitions, in: B. Hermalin/M. Weisbach (Hrsg.), The Handbook of the Economics of Corporate Governance, Vol. I, Amsterdam 2017, S. 235 (239 f.): “Endogeneity concerns are very important in studying the causes and effects of M&A transactions.”.

hang verunreinigen.⁴⁰ Als drittes werden teilweise Daten ausgewählt, bei denen keine Ähnlichkeit mit der Gesamtpopulation zu erwarten ist, beispielsweise wenn ausschließlich Unternehmen aus einem Auswahlindex zusammengefasst oder die Informationen einer verzerrenden Datenbank entnommen werden.⁴¹ Zuletzt erfolgt die Operationalisierung der verwendeten Variablen möglicherweise ungenau. So besteht etwa eine lebhaft Diskussion darüber, ob der Transaktionserfolg (bzw. der Unternehmenswert) überhaupt in den jeweiligen Parametern präzise abgebildet wird.⁴²

C. Schnittstellen: Rechtsdogmatik und Rechtspolitik

Während in den USA Recht ist, was der Richter entscheidet, sind in Deutschland juristische Entscheidungen durch die Zivilrechtskodifikationen dogmatisch determiniert.⁴³ Dementsprechend ist die Rezeption nachbarwissenschaftlicher Erkenntnisse nur in normativ abgesicherten Schnittstellen anschlussfähig.⁴⁴ Die hiesige Untersuchung bewegt sich in zwei Schnittstellen: der Rechtsdogmatik (I.) und der Rechtspolitik (II.).

I. Ungeschriebenes Zustimmungserfordernis

Auf dogmatischer Ebene ist das Einfallstor für die hiesige Empirierezeption die „Holzmüller/Gelatine“-Rechtsprechung. Mit diesen Entscheidungen hat der II. Zivilsenat des BGH klargestellt, dass der Hauptversammlung

40 Instruktiv wiederum *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 12), S. 147 ff.; *Georg/Nielsen*, § 7 Empirische Methoden, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden (Fn. 25), S. 195 (200) Rn. 406.

41 Vgl. *J. Netter/M. Stegemoller/B. Wintoki*, Implications of Data Screens on Merger and Acquisition Analysis, *Rev. Fin. Stud.* 24 (2011), 2316: “Much of what we know about mergers and acquisitions (M&As) is taken from studies that are performed on relatively small and unrepresentative samples”.

42 Vgl. *A. Meglio/O. Risberg*, The (mis)measurement of M&A performance, *Scand. J. Mgmt.* 27 (2011), 418.

43 *G. Wagner*, in: *Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse*, in: *M. Auer/H.C. Grigoleit/J. Hager u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, Berlin/Boston 2017, S. 281 (282 f.).

44 *Engel*, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: Gebrauchsanweisung für Juristen, in: *Engel/Englert/Lüdemann/Döhmann*, *Recht und Verhalten* (Fn. 13), S. 363 (379 ff.); darauf aufbauend *Hamann*, Jurisprudenz (Fn. 12), S. 33 ff.

unter bestimmten Umständen ungeschriebene Kompetenzen zukommen. Die Rechtsfigur der ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen ist das „Ergebnis einer offenen Rechtsfortbildung“;⁴⁵ ein Begründungsdogma, das einen Hinweis „auf eine gewisse Unfertigkeit des Ergebnisses [enthält] mit der Einladung, an der dogmatischen und praktischen Präzisierungen der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des neuen Rechtssatzes weiter zu arbeiten.“⁴⁶

Nach der Doktrin kann der Vorstand einer Aktiengesellschaft auch abseits der gesetzlichen Zuständigkeiten wegen eines „tiefgreifenden Eingriffs in die mitgliedschaftlichen Befugnisse der Aktionäre intern gehalten [sein], die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen.“⁴⁷ Namentlich der „Gelatine“-BGH aber auch große Teile der Literatur definieren den Eingriffstatbestand über ein qualitatives und ein quantitatives Merkmal. Diesem zufolge ist eine Maßnahme zustimmungspflichtig, wenn sie eine Mediatisierung des Aktionärsinflusses verursacht und ca. 75–80 % des Gesellschaftsvermögens betrifft. Nach überzeugender Ansicht erfasst die Doktrin auch den Beteiligungserwerb gegen Barmittel,⁴⁸ wobei ein Zustimmungserfordernis aufgrund des hohen quantitativen Schwellenwertes keine praktische Bedeutung erlangt. Zahlreiche der mit dieser Auslegung verbundenen Rechtsfragen sind aber nach wie vor ungeklärt.⁴⁹ Die Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse könnte nun zu einer rationaleren Auslegung des Rechtsinstitutes beitragen. Einen Bezug auf die soziale Wirklichkeit stellt der BGH insbesondere im Zusammenhang mit dem Schwellenwert her, indem er seine restriktive Auffassung mit Verweis auf die Hauptversammlungspraxis begründet.⁵⁰

45 BGHZ 159, 30 (43).

46 N. Horn, Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz bei Rekapitalisierung eines Kreditinstituts, in: H. Altmeppen/H. Fitz/H. Honsell (Hrsg.), Festschrift für Günther H. Roth, München 2011, S. 287 (297).

47 BGHZ 159, 30 (41); zuvor BGHZ 83, 122 I. Leitsatz.

48 Ebenfalls nur H. Hofmeister, Veräußerung und Erwerb von Beteiligungen bei der Aktiengesellschaft, NZG 2008, 47 (50 f.); M. Staake, Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen in börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften, Köln 2009, S. 76; M. Habersack, in: V. Emmerich/M. Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Köln 2022, Vor § 311 Rn. 42.

49 Ausführlich H. Fleischer/E. Heinrich, § 10 – Holzmüller – BGHZ 83, 122, in: H. Fleischer/J. Thiessen (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, Tübingen 2018, S. 345.

50 BGHZ 159, 30 (43 f.); kritisch insbesondere H. Fleischer, „Gegriffene Größen“ in der aktienrechtlichen Spruchpraxis, in: A. Heldrich/J. Prölss/I. Koller (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Canaris, Band II, München 2007, S. 71 (79 f.).

II. Geschriebenes Zustimmungserfordernis

Auf rechtspolitischer Ebene ist die hiesige Empirierezeption Teil der sog. „Orientierungsforschung“, da es mit Blick auf ein potenzielles Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung um die „Festlegung der sozialen Wirklichkeit als Regelungshintergrund eines Gesetzesentwurfs“⁵¹ oder einer Änderung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) geht. Der Aktiengesetzgeber und die DCGK-Kommission sind folglich die Hauptadressaten etwaiger rechtspolitischer Schlussfolgerungen. Mit *Engel* stellen sich drei konkrete Fragen: „[G]ibt es überhaupt ein regelungsbedürftiges Problem? Welche ist die beste Lösung? Werden sich eine normativ angemessene Problemdefinition und eine normativ befriedigende Lösung im politischen Prozess durchsetzen?“⁵²

Auf die letzte Frage werde ich hier aus Platzgründen keine Antwort geben können. Vorab möchte ich lediglich darauf verweisen, dass sich der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages erst im Zusammenhang mit der Verabschiedung des ARUG II mit der Frage nach einer zusätzlichen Hauptversammlungskompetenz bei M&A befasste, diese aber aufgrund der Komplexität eines solchen Unterfangens zurückstellte.⁵³ Es ist daher keineswegs ausgeschlossen, dass er sich dieser Thematik in naher Zukunft erneut annehmen wird.⁵⁴

D. Rechtsempirische Analyse zur Organadäquanz bei M&A

Der sog. Grundsatz der Organadäquanz ist heute das für die Kompetenzverteilung der Aktienrechtsorgane maßgebliche Prinzip.⁵⁵ Ursprünglich aus

51 *D. Stempel*, Empirische Rechtsforschung, in: C. Broda/E. Deutsch/H.-L. Schreiber/H.-J. Vogel (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann, Neuwied 1985, S. 223 (232).

52 *Engel*, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: Gebrauchsanweisung für Juristen, in: Engel/Englert/Lüdemann/Döhmman, Recht und Verhalten (Fn. 13), S. 363 (383).

53 Rechtsausschuss des Bundestages, Beschlussempfehlung und Bericht, ARUG II, BT-Drs. 19/15153, 52 f. (dserver.bundestag.de/btd/19/151/1915153.pdf).

54 Anders aus US-amerikanischer Sicht *Hechler*, Balanced Treatment (Fn. 17), 319 (382): “Finally, perhaps the most persuasive argument against expanded voting rights protection is the prediction that its adoption is not likely.”

55 Nur *J. Koch*, Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, in: H. Fleischer/J. Koch/B. Kropff/M. Lutter (Hrsg.), 50 Jahre Aktiengesetz, Berlin/Boston 2016, S. 65 (71).

dem Staatsorganisationsrecht stammend, wird er vom BVerfG als das Prinzip definiert, „dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, d.h. von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.“⁵⁶ Anhand dieser Maßgabe soll nun überprüft werden, „ob die Nichtbefragung der Aktionäre ökonomisch sinnvoll und damit auch [...] wünschenswert ist.“⁵⁷ Die Analyse folgt den eingangs vorgestellten konzeptionellen Arbeitsschritten (I. bis IV.).

I. Asking: Zustimmungserfordernis organinadäquat?

1. Die Verwaltungsorgane handeln im Rahmen ihrer Leitungsautonomie für M&A-Transaktionen grundsätzlich im wirtschaftlichen Interesse der Anteilseigner.

Diese These gibt die wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen wieder, die der Aktiengesetzgeber mit dem AktG von 1937 getroffen hat. Unter dem zuvor geltenden ADHGB 1884 hatte die Hauptversammlung noch jegliche Befugnisse, um über die Grundverfassung der Gesellschaft zu bestimmen und die Verwaltung zu kontrollieren.⁵⁸ Seit dem AktG 1937 ist die Hauptversammlung auf die enumerativ im Gesetz aufgezählten Kompetenzen beschränkt (vgl. § 103 Abs. 1 AktG 1937); die Leitung der Gesellschaft liegt uneingeschränkt in den Händen des Vorstandes (§ 70 Abs. 1 AktG 1937).⁵⁹ Trotz heftiger Diskussionen hielt der Gesetzgeber mit dem AktG von 1965 an der Kompetenzverteilung fest; diese habe sich „im großen und ganzen bewährt.“⁶⁰

56 BVerfGE 68, 1 (86 f.).

57 M. Staake, Hauptversammlungskompetenzen beim Beteiligungserwerb, in: J. Stumpf-Wollersheim/A. Horsch (Hrsg.), Forum Mergers & Acquisitions 2019, Wiesbaden 2019, S. 65 (80), wobei er diesen Gesichtspunkt auf die rechtspolitische und nicht – wie hier – zusätzlich auf die rechtsdogmatische Ebene bezieht.

58 Vgl. zu den Kompetenzen im Einzelnen H. Fleischer, Kompetenzen der Hauptversammlung, in: W. Bayer/M. Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Band II, Tübingen 2007, S. 430 (434) Rn. 7.

59 Fleischer, Kompetenzen der Hauptversammlung, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht (Fn. 58), S. 430 (435 f.) Rn. 8 ff.

60 B. Kropff, Aktiengesetz. Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Materialien, Berlin 2005, S. 95 (165).

Unterstützung erhielt der Gesetzgeber durch eine Reihe von wegweisenden Gerichtsentscheidungen, mit denen der BGH eine Einmischung der Hauptversammlung bei der Kapitalbeschaffung, Strukturänderungen oder dem Rückzug von der Börse verhinderte. Zu nennen ist hier das „Siemens/Nold“-Urteil,⁶¹ die bereits erwähnten „Gelatine“-Entscheidungen⁶² sowie das „Frosta“-Urteil.⁶³ Die Judikate teilen dieselbe „wirtschaftspolitische Grundausrichtung.“⁶⁴ Einer Ausweitung der Hauptversammlungskompetenzen wird auch heute noch mit dem Verweis auf die Gefahren für den Wirtschaftsstandort Deutschland vehement widersprochen.⁶⁵

2. Einem Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung bei M&A-Transaktionen kommt kein Disziplinierungseffekt zu und es führt zu keinen verbesserten Entscheidungen der Geschäftsleiter.

Teilweise wird behauptet, die Konsultation der Hauptversammlung bringe keinen nennenswerten ökonomischen Nutzen in Gestalt einer verbesserten Unternehmensentscheidung. Im Schrifttum ist zu lesen, die Hauptversammlung als große Präsenzveranstaltung sei „weitgehend funktionslos“.⁶⁶ Wilsing betont nachdrücklich: „Die Einbindung der Hauptversammlung in Geschäftsführungsaufgaben erfolgt stets in dem Glauben, dass sie zu verbesserten Entscheidungen der Unternehmen beitragen könnte. Dies ist allerdings ein Irrtum, insbesondere bei sehr komplexen unternehmerischen Vorhaben [...]“. Darüber hinaus sei „nicht davon auszugehen, dass die Vorstandsmitglieder zu noch größerer Gewissenhaftigkeit angehalten werden.“ Das strenge Haftungsregime des § 93 Abs. 1, 2 AktG verlange bereits eine

61 BGHZ 136, 133.

62 BGHZ 159, 30.

63 BGH ZIP 2013, 2254.

64 So H. Fleischer, Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz im Aktienrecht, NJW 2004, 2335 (2339).

65 H.-U. Wilsing, Die Zuständigkeit der Hauptversammlung für Unternehmenszusammenschlüsse am Beispiel Linde/Praxair, in: G. Spindler/H.-U. Wilsing/V. Butzke (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Marsch-Barner, München 2018, S. 595 (605); D. Schmidbauer, Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Hauptversammlung beim Merger of Equals, Baden-Baden 2021, S. 378; ähnlich schon Staake, Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen (Fn. 48), S. 174.

66 G. Bachmann, Abschaffung der Hauptversammlung?, in: H. Altmeyden/H. Fitz/H. Honsell (Hrsg.), Festschrift für Günther H. Roth, München 2011, S. 37 (50); im Ergebnis ähnlich W. Richter, Der Kapitalmarkt und sein Gesellschaftsrecht, ZHR 172 (2008), 419 (438).

besondere Gewissenhaftigkeit des Vorstandes, sodass der Gedanke „rein theoretisch“ sei.⁶⁷

3. Den Aktionären fehlt der notwendige Sachverstand, um im Rahmen eines Zustimmungserfordernisses über von der Verwaltung vorgeschlagene M&A-Transaktionen sachgerecht zu entscheiden.

Hierbei handelt es sich um das wohl prominenteste gegen eine Ausweitung der Hauptversammlungskompetenzen ins Feld geführte Argument. Selbst der Aktiengesetzgeber von 1937 berief sich seinerzeit auf den fehlenden Sachverstand des Aktionärskollektivs.⁶⁸ So seien die anwesenden Aktionäre mit der Sachmaterie weit weniger vertraut als die Mitglieder der Unternehmensverwaltung. Dementsprechend können sie die Auswirkungen ihrer Entscheidung auf das Unternehmen weniger gut beurteilen. Außerdem ließen institutionelle Investoren ihre Vorstellungen in erster Linie außerhalb der Hauptversammlung in direkten Gesprächen mit dem Vorstand oder Aufsichtsrat einfließen.⁶⁹ Somit hätte eine öffentliche Debatte ohnehin keinen Einfluss auf das schon vorher feststehende und zugunsten der Verwaltung ausfallende Abstimmungsergebnis.⁷⁰

4. Einem Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung für M&A-Transaktionen steht die fehlende Flexibilität und organisatorische Schwerfälligkeit des Organs entgegen.

Im Vergleich zu Vorstand und Aufsichtsrat handelt es sich bei der Hauptversammlung um kein dynamisches Beschlussorgan. Für die Einberufung

67 Wilsing, Die Zuständigkeit der Hauptversammlung für Unternehmenszusammenschlüsse am Beispiel Linde/Praxair, in: Spindler/Wilsing/Butzke, FS Marsch-Barner (Fn 65), S. 595 (604); dem folgend Schmidbauer, Kompetenzverteilung (Fn. 65), S. 375; M. Atanasova, An der Grenze zwischen rechtlichem und möglichst gerechtem Dürfen: Benötigt der Vorstand bei der Vornahme großer Transaktionen die Zustimmung der Hauptversammlung?, M&A-Review 2020, 404 (410 f.).

68 E. Gefßler, Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz, JW 1937, 497; F. Klausning, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz), Berlin 1937, S. 56 (vor §§ 70–124).

69 J. Vetter, Mehr Demokratie wagen?, in: A. Bergmann/M. Hoffmann-Becking/U. Noack (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Seibert, Köln 2019, S. 1021 (1033 f.).

70 Bachmann, Abschaffung der Hauptversammlung?, in: Altmeyden/Fitz/Honsell, FS Roth (Fn. 66), S. 37 (40); Wilsing, Die Zuständigkeit der Hauptversammlung für Unternehmenszusammenschlüsse am Beispiel Linde/Praxair, in: Spindler/Wilsing/Butzke, FS Marsch-Barner (Fn. 65), S. 595 (604).

werden üblicherweise sechs Wochen veranschlagt.⁷¹ Daneben bedarf es im Vorfeld der (Präsenz-)Versammlung zahlreicher organisatorischer Maßnahmen (geeignete Räumlichkeiten, technische Einrichtung usw.). Die Organisation der Hauptversammlung sei außerdem mit nicht unerheblichen Kosten verbunden (ca. 2 bis 3,5 Mio. EUR).⁷² Da die überwiegende Anzahl der Aktionäre ihre Mitgliedschaft als reine Kapitalanlage verstehen, stünde eine kostenintensive Einberufung der Hauptversammlung im Widerspruch zu ihren Interessen.⁷³

Zuletzt drohe speziell in Deutschland ständig die Gefahr, dass neue Hauptversammlungsbeschlüsse für Anfechtungsklagen missbraucht werden. Die erhebliche Zeitdauer von Beschlussmängelverfahren führe zu gravierenden Nachteilen im heutigen Wirtschaftsleben. Selbst beim Freigabeverfahren, das bei eintragungspflichtigen Maßnahmen offensteht, sei eine Rechtsunsicherheit von mehr als einem halben Jahr nicht hinnehmbar.⁷⁴ Und auch wenn ein Zustimmungserfordernis für Unternehmensakquisition nicht zu den eintragungspflichtigen Maßnahmen zählt, sähe sich der Vorstand einer nicht akzeptablen Rechtsunsicherheit ausgesetzt.⁷⁵

II. Accessing: Datenbanken und Zitationshistorie

Im vorliegenden Beitrag werde ich aus Platzgründen nur einen Teil der von mir recherchierten Empirie darstellen.⁷⁶ Zur Recherche habe ich Datenbanken wie google.scholar.com und ssrn.com sowie das Archiv von Elsevier über sciencedirect.com verwendet und mit von der zu überprüfenen These abhängigen Stichworten durchsucht. Für aktuelle Veröffentlichungen war die Zitationshistorie („zitiert von“) früherer Artikel, die sich in google.scholar in bestimmte Zeitabschnitte untergliedern lässt, hilfreich. Aufschlussreich war auch der Bibliothekskatalog des Max-Planck-Instituts in Hamburg sowie für deutschsprachige Veröffentlichungen der Katalog

71 Vetter, Mehr Demokratie wagen?, in: Bergmann/Hoffmann-Becking/Noack, FS Seibert (Fn. 69), S. 1021 (1030); N. Ott, § 36 Hauptversammlungsbeschlüsse des Bieters bei einem öffentlichen Angebot zum Erwerb von Wertpapieren, in: Reichert (Hrsg.), Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, München 2021, Rn. 19.

72 D. Kubis, in: M. Habersack/W. Goette (Hrsg.), MK-AktG, München 2022, § 118 Rn. 26.

73 Schmidbauer, Kompetenzverteilung (Fn. 65), S. 377.

74 J. Vetter, Modifikation der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, AG 2008, 177 (178).

75 Goj, Ungeschriebenes Hauptversammlungserfordernis (Fn. 36), S. 312 f. m.w.N.

76 Vgl. die gesamte Analyse bei Hollerung, Corporate Acquisitions (Autorenfußnote).

der Deutschen Nationalbibliothek; rechtstatsächliche Forschung ließ sich zudem über Beck-online und Juris finden.

Soweit mir Forscher mit mehreren Veröffentlichungen aufgefallen waren, habe ich ihre Lebensläufe nach weiteren Studien durchsucht und sie per E-Mail um Übersendung potenziell unveröffentlichter Ergebnisse gebeten. Teilweise hat es sich ausgezahlt, Forschern in den sozialen Medien zu folgen (insbesondere Twitter, LinkedIn und ResearchGate) sowie ihr Profil unter ecgi.global durchzusehen. Ergänzend habe ich Forschungsberichte recherchiert und hinsichtlich noch unentdeckter Primärstudien ausgewertet.

III. Appraising: Zustimmungserfordernis (wohl) organadäquat

Zu 1. Die Annahme, dass Geschäftsleiter bei Akquisitionen grundsätzlich im wirtschaftlichen Interesse der Aktionäre handeln, ist eher zweifelhaft.

Die Erfolgswahrscheinlichkeit von M&A-Transaktionen wird seit Jahrzehnten untersucht. Im Lichte der Erkenntnisse sämtlicher Meta-Studien ist überaus fragwürdig, ob es sich bei M&A um eine erfolgsversprechende Strategie handelt. Eine teilweise genannte Misserfolgsquote von 70 bis 90 % mag überhöht sein;⁷⁷ tatsächlich werden aber die meisten Akquisitionen die an sie gestellten Erwartungen nicht erfüllen.⁷⁸ Dieser Befund gilt sowohl im Hinblick auf die Marktreaktionen (auf Seiten der Bietergesellschaft) als auch die vereinzelt angewandten Rentabilitätskennzahlen für die kombinierte Einheit. Für den deutschen Wirtschaftsraum existiert bis heute bedauerlicherweise keine vergleichbare Forschungsauswertung. Einige Forschungsberichte weisen allerdings darauf hin, dass „die Gefahr von ineffizienten und wertvernichtenden Zusammenschlüssen in Europa nicht geringer ist als in den USA oder dem Vereinigten Königreich.“⁷⁹

77 Etwa C. Christensen/R. Alton/A. Waldeck, The New M&A Playbook, Harv. Bus. Rev. 2011, 48 (49).

78 Vgl. nur D. Datta/G. Pinches/V. Narayanan, Factors Influencing Wealth Creation from Mergers and Acquisitions, Strat. Mgmt. J. 13 (1992), 67 (75 ff.); D. King/D. Darlton/C. Daily/J. Covin, Meta-Analyses of Post-Acquisition Performance, Strat. Mgmt. J. 25 (2004), 187 (192 ff.); R. Meckl/F. Röhrle, Do M&A Deals Create or Destroy Value?, Eur. J. Bus. & Econ. 11 (2016), 9 (16 f.); D. King/G. Wang/M. Samimi/A. Cortes, A Meta-Analytic Integration of Acquisition Performance Prediction, J. Mgmt. Stud. 58 (2021), 1198 (1207 ff.).

79 G. Tichy, What Do We Know about Success and Failure of Mergers?, J. Ind. Comp. & Trade 4 (2001), 347 (383); S. Sudarsanam, Creating Value From Mergers and Ac-

Hinsichtlich der für die interne Corporate Governance relevanten Ursachen für Akquisitionsmisserfolge gelten verbreitet eigennützige Geschäftsleiterinteressen als maßgeblich. Und tatsächlich finden verschiedene Ausprägungen des *empire building* Unterstützung in der empirischen Literatur. So verwenden Manager Liquiditätsüberschüsse häufig eher für wertvernichtende Akquisitionen, anstelle sie an die Aktionäre auszuschütten.⁸⁰ Ein besonderer Akquisitionsanreiz ist außerdem die Vergütung. Zum einen verleite eine umfangreiche erfolgsbasierte Vergütung zu besonders großen und riskanten Akquisitionen.⁸¹ Zum anderen weisen Forschungsberichte darauf hin, dass CEOs auch bei Misserfolgen finanziell entlohnt werden.⁸² Weniger eindeutig zu beantworten ist dagegen die Frage, ob Manager die Gefahr eines Jobverlusts durch eine mittels Akquisitionen herbeigeführte „Verankerung“ (*entrenchment*) im Unternehmen eigennützig zu verhindern versuchen. Entgegen früheren Erkenntnissen wird die negative Korrelation von Diversifikation und Unternehmenswert auf Endogenität zurückgeführt.⁸³ Erste Nachweise für einen Zusammenhang zwischen Reputationsbestrebungen der Manager und Akquisitionsmisserfolgen liegen ebenfalls vor.⁸⁴

Die verhaltensökonomische Forschung untersucht indes den Einfluss von Wahrnehmungsverzerrungen auf den Transaktionsprozess.⁸⁵ Empirisch weitgehend abgesichert ist die Selbstüberschätzungsanomalie bei Ge-

quisitions, London 2010, S. 100 ff.; speziell für deutsche Unternehmen Görlitz, Erfolg (Fn. 28), S. 72 ff.

80 Insbesondere B. von Beschwitz, Cash windfalls and acquisitions, J. Fin. Econ. 128 (2018), 287 (294 ff.).

81 Instruktiv S. Sudarsanam/J. Huang, Executive compensation and managerial overconfidence, in: G. Gregoriou/L. Renneboog (Hrsg.), International M&A Activity since 1990, London 2007, S. 223, 234 f., 241 ff.

82 Nur M. Williams/T. Michael/E. Waller, Managerial incentives and acquisitions, Manag. Fin. 34 (2008), 328 (339): „It appears that acquiring managers can increase their pay by merging with other firms, and this is likely to happen in cases where shareholder returns are negative.“

83 Kritisch vor allem J. Campa/S. Keida, Explaining the Diversification Discount, J. Fin. 57 (2002), 1731; zuvor etwa A. Shleifer/R. Vishny, Management Entrenchment, J. Fin. Econ. 25 (1989), 123.

84 Siehe hierzu die einzigen Primärstudien C. Avery/J. Chevalier/S. Schäfer, Why Do Managers Undertake Acquisitions?, J. L. Econ. & Org. 14 (1998), 24 (29 ff.); R. Duchin/B. Schmidt, Riding the merger wave, J. Fin. Econ. 107 (2013), 69 (84).

85 Vgl. schon G. Beckhaus, Irrationale Entscheidungsprozesse bei Unternehmenstransaktionen, in: D. Birk/M. Bruse/I. Saenger (Hrsg.), Forum Unternehmenskauf 2009, Baden-Baden 2009, S. 11.

schaftsleitern.⁸⁶ Für viele weitere Phänomene liegen ebenfalls überzeugende empirische Belege vor, etwa für Herdenverhalten,⁸⁷ Verfügbarkeitsheuristik,⁸⁸ Denken in Referenzpunkten⁸⁹ oder für den Bestätigungsfehler.⁹⁰ Das lange als gesichert geltende Phänomen vom „Fluch des Gewinners“ ist aufgrund von Messfehlern in den bisherigen Daten einer Neubewertung zu unterziehen.⁹¹ Ein Laborexperiment zum „Irrtum der versunkenen Kosten“ ist kaum aussagekräftig.⁹² Erkenntnisse zur Einsatzeskalation scheinen zwar plausibel,⁹³ stützen sich im M&A-Kontext aber bisher ausschließlich auf anekdotische Evidenz.

Zu 2. Die Annahme, ein Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung sei kein effektives Disziplinierungsinstrument und führe zu keinen verbesserten Akquisitionsentscheidungen, ist ebenfalls eher zweifelhaft.

Die „prophylaktische Wirkung“ einer Aktionärszustimmung bei M&A gilt seit langem als überprüfenswert.⁹⁴ Namentlich die anglo-amerikanische Kapitalmarktforschung hat inzwischen relevante Erkenntnisse hervorgebracht. Untersuchungsgegenstand ist die 20 %-Regel der US-Börsen NYSE und NASDAQ, welcher zufolge eine Zustimmungspflicht bei intendierter Ausgabe von mindestens 20 % eigener Stammaktien zur anteiligen oder

86 Vgl. nur F. Homberg/M. Osterloh, Fusionen und Übernahmen im Lichte der Hybris, JfB 60 (2010), 269 (289).

87 Nur M. Martynova/L. Renneboog, A century of corporate takeovers, J. Bank & Fin. 32 (2008), 2148 (2173): „managerial hubris and herding behaviour increase during takeover waves, often leading to poor acquisitions.“

88 Etwa G. Lodoros/A. Boateng, The role of culture in the merger and acquisition process, Mgmt. Dec. 44 (2006), 1405 (1413); dazu M. Garbuio/D. Lovallo/J. Horn, Overcoming Biases in M&A, Advances in Mergers & Acquisitions 9 (2010), 83 (93 f.).

89 Insbesondere M. Baker/X. Pan/J. Wurgler, The effect of reference point prices on mergers and acquisitions, J. Fin. Econ. 106 (2012), 49 (55 ff.).

90 Vgl. das aussagekräftige Experiment von V. Bogan/D. Just, What drives merger decision making behavior?, J. Econ. Behav. & Org. 72 (2009), 930 (934 ff.).

91 Zur widersprüchlichen Empirie nur A. Boone/H. Mulherin, Do auctions induce a winner's curse?, J. Fin. Econ. 89 (2008), 1 (2).

92 Weniger überzeugend P. Haunschild/A. Davis-Blake/M. Fichman, Managerial Overcommitment in Corporate Acquisition Processes, Org. Sci. 5 (1994), 528; kritisch zu Recht P. Puranam/B. Powell/ H. Singh, Due diligence failure as a signal detection problem, Strat. Org. 4 (2006), 319 (337).

93 Instruktiv D. Malhotra/G. Ku/K. Murnighan, When Winning Is Everything, Harv. Bus. Rev. 2008, 78.

94 B. Black, Bidder Overpayment in Takeovers, Stan. L. Rev. 41 (1989), 597 (652): „Shareholder approval may have a prophylactic effect“.

vollständigen Finanzierung vorgeschrieben ist.⁹⁵ In den Studien zum britischen Zustimmungsregime werden die sog. Klassentests evaluiert. Jeder Test basiert auf einer Kennzahl, welche die Größe des Zielunternehmens im Vergleich zum Erwerber ermittelt. Beträgt das Wertverhältnis über 25 %, handelt es sich um eine zustimmungspflichtige „Klasse-1-Transaktion“ (andernfalls um eine zustimmungsfreie „Klasse-2-Transaktion“).⁹⁶

Die Würdigung der US-Studien zeigt, dass ihnen eine ganz unterschiedliche Aussagekraft zukommt. Sämtliche frühere Arbeitspapiere waren noch von Messfehlern durchzogen und aufgrund von Endogenität kaum intern valide.⁹⁷ Deutlich aussagekräftiger ist dagegen eine US-Studie aus 2018 (n=5.223). Dieser zufolge gehen zustimmungspflichtige Transaktionen mit mindestens 3 % höherer abnormaler Ankündigungsrendite (in der Stichprobe etwa 96 Mio. USD) einher. Außerdem zahlen Manager bei Umgehung der Hauptversammlung eine mindestens 12 % höhere Übernahmeprämie. In gesteigerter Form zeigt sich der Effekt bei einem hohen Anteilsbesitz institutioneller Investoren.⁹⁸ Durch eine Schwellenwertanalyse gelang es den Forscherinnen *eindeutige* Aussagen zum Ursachenzusammenhang zwischen Zustimmungserfordernis und Transaktionserfolg zu treffen. Das Experiment ergab, dass ein Zustimmungserfordernis abhängig von der beobachteten Bandbreite zu einem Anstieg von 4,3 % bis 6,9 % abnormaler Rendite führt.⁹⁹

Die Erkenntnisse werden durch eine Studie zu den britischen Klassentests komplementiert. So erzielten die ausgewerteten zustimmungspflichtigen „Klasse-1-Transaktionen“ (n=332) einen Gewinn von insgesamt 13,63 Mrd. USD; die zustimmungsfreien „Klasse-2-Transaktionen“ (n=777) ver-

95 Etwa NYSE Listed Company Manual, Sec. 312.03 (c) (nyse.wolterskluwer.cloud/listed-company-manual).

96 FCA, Handbook, Listing Rule 10 (www.handbook.fca.org.uk).

97 Vgl. die widersprüchlichen Erkenntnisse bei J. Hsieh/Q. Wang, Shareholder Voting Rights in Mergers and Acquisitions, Working Paper 2008 (unveröffentlicht); E. Kamar, Does Shareholder Voting on Acquisitions Matter?, Working Paper 2011; Kaum hilfreich L. Hamermesh, Premiums in Stock-For-Stock Mergers and Some Consequences in the Law of Director Fiduciary Duties, U. Pa. L. Rev. 152 (2003), 881 (913 f.). Daneben scheint F. Fu/W. Guay/W. Zhang, Costly Corporate Governance, Working Paper 2017 (unveröffentlicht) durchaus aussagekräftig, allerdings stützen sie sich auf fehleranfällige SDC-Daten. Die Studie von Mason/Rodrigues/Stegemoller/Utke, Shareholder Voting (Fn. 10), 158 betrachtet zu alte Transaktionsdaten.

98 K. Li/T. Liu/J. Wu, Vote Avoidance and Shareholder Voting in Mergers and Acquisitions, Rev. Fin. Stud. 31 (2018), 3175 (3190 f.).

99 Li/Liu/Wu, Vote Avoidance (Fn. 98), 3175 (3198).

ursachen einen Verlust von 2,96 Mrd. USD.¹⁰⁰ Bei Betrachtung von Transaktionen rund um den 25 %-Wert ist die Differenz zwischen zustimmungspflichtigen und -freien Transaktionen noch augenscheinlicher;¹⁰¹ außerdem zahlen die Geschäftsleiter bei einer Hauptversammlungsbeteiligung eine wesentlich geringere Übernahmeprämie.¹⁰² Anschließend bildeten die Forscher eine Metrik aus allen vier Klassentests und stellten fest, dass die Renditen mit überschreiten des Schwellenwerts und Gleichbleiben aller übrigen Umstände sprunghaft ansteigen. Es handele sich um den Beweis für die Hypothese, dass „Stimmrechte höhere Erwerberrenditen verursachen und nicht umgekehrt.“¹⁰³

Zuletzt könnte eine Zustimmungspflicht dazu führen, dass die Verwaltung wenig aussichtsreiche Transaktionen aus Furcht vor einer negativen Aktionärsreaktion vorzeitig zurückzieht.¹⁰⁴ Jedenfalls mit Blick auf aktivistische Hedgefonds gilt als gesichert, dass sie Transaktionsabbrüche forcieren, indem sie mit einer negativen Stimmabgabe auf der Hauptversammlung drohen. Tatsächlich findet diese Governance-Strategie Unterstützung in ersten empirischen Daten,¹⁰⁵ sodass sich an dem gerne bemühten Argument zweifeln lässt, ein Disziplinierungseffekt sei angesichts der generellen Zustimmung für Akquisitionsvorschläge der Verwaltung nicht erkennbar. Stattdessen deuten die Erkenntnisse darauf hin, dass „[ein Zustimmungserfordernis] die Unternehmensleitung entmutigt, wertvernichtende Maßnahmen überhaupt zur Abstimmung zu bringen.“¹⁰⁶

100 M. Becht/A. Polo/S. Rossi, Does Mandatory Shareholder Voting Prevent Bad Acquisitions?, *Rev. Fin. Stud.* 29 (2016), 3035 (3050 f.).

101 Becht/Polo/Rossi, Mandatory Shareholder Voting (Fn. 100), 3035 (3055).

102 Becht/Polo/Rossi, Mandatory Shareholder Voting (Fn. 100), 3035 (3061).

103 Becht/Polo/Rossi, Mandatory Shareholder Voting (Fn. 100), 3035, (3063): “voting causes higher acquirer returns and not the reverse.”

104 R. Thomas/P. Tricker, Shareholder Voting in Proxy Contests for Corporate Control, Uncontested Director Elections and Management Proposals, *Okla. L. Rev.* 70 (2017), 9 (95): “The threat of shareholder rejection may prevent acquirer management from pursuing a bad merger long before a shareholder vote occurs.”

105 Vgl. W. Jiang/T. Li/D. Mei, Activist arbitrage in M&A acquirers, *Fin. Res. Letter* 29 (2019), 156 (157); zuvor schon W. Bratton, Whither hostility?, in: G. Gregoriou/L. Renneboog (Hrsg.), *Corporate Governance and Regulatory Impact in Mergers and Acquisitions*, London 2007, S. 103 (123 f.).

106 L. Bebchuk, The Case For Increasing Shareholder Power, *Harv. L. Rev.* 118 (2005), 833, (878).

Zu 3. Die Annahme, den Aktionären fehle der notwendige Sachverstand, um über Akquisitionen sachgerecht abzustimmen, trifft eher nicht zu.

Rückschlüsse auf den Sachverstand der Hauptversammlung lassen sich aus dem Stimmverhalten der Aktionäre bei M&A-Transaktionen ziehen. Auf den ersten Blick sind die empirischen Erkenntnisse erstaunlich konsistent und deuten darauf hin, dass „Aktionäre zwar nicht jede schlechte Akquisition verhindern, doch der Entscheidungsprozess der Aktionäre mit dem Ziel der Unternehmenswertmaximierung im Einklang steht.“¹⁰⁷ So berücksichtigen sie bei ihrer Stimmabgabe die Kursreaktion nach Transaktionsankündigung;¹⁰⁸ darüber hinaus scheinen sie Firmen-, Transaktions- und Corporate Governance-Eigenschaften zu identifizieren, die sich ohne Umschweife mit *empire building* oder Selbstüberschätzung in Verbindung bringen lassen.¹⁰⁹ Allerdings treffen die Studien keine eindeutigen Aussagen und gebieten daher eine zurückhaltende Interpretation. Zudem fällt das Ausmaß, in dem sich das abweichende Stimmverhalten im Abstimmungsergebnis niederschlagen soll, zumeist sehr gering aus. Andererseits scheinen Aktionäre zudem in der Lage zu sein, externe Informationen wie *fairness opinions* von M&A-Beratern im Hinblick auf vermeintliche Interessenkonflikte¹¹⁰ und Abstimmungsempfehlungen von Stimmrechtsberatern¹¹¹ würdigen zu können.

Unterteilt man die Erkenntnisse nach Anlegergruppen, tritt der Sachverstand der führenden Anteilseigner stärker zutage. So identifizieren institutionelle Investoren offenbar fragwürdige Transaktionen und messen ihrem

107 Thomas/Tricker, Shareholder Voting (Fn. 104), 9 (97): “Although shareholder voting may not prevent every bad acquisition, shareholders’ decision-making process appears consistent with the goal of maximizing company value.”

108 Etwa Y. Tokbolat/S. Thompson/H. Le, Shareholder voting in mergers and acquisitions, Eur. J. Fin. 25 (2019), 815 (822 f.).

109 Resümierend L. Henning, Shareholder Voting and merger returns, Fin. Mark. Portf. Manag. 20 (2015), 337 (361): “To some extent, my evidence suggests that shareholders are able to distinguish between “good” and “bad” mergers in the long term“; ferner Y. Tokbolat/H. Le/S. Thompson, Corporate diversification, refocusing and shareholder voting, Int. Rev. Fin. Anal. 78 (2021), 101924; Tokbolat/Thompson/Le, Shareholder voting (Fn. 108), 815 (823); T. Burch/A. Morgan/J. Wolf, Is Acquiring-Firm Shareholder Approval in Stock-for-Stock Mergers Perfunctory?, Fin. Mgmt. 33 (2004), 45 (53 ff.).

110 W. Ouyang, The effect of M&A advisor’s opinions on acquirer shareholder voting, Q. Rev. Econ. & Fin. 57 (2015), 175 (181 ff.).

111 P. Calluzzo/E. Dudley, Who Coordinates Shareholder Votes?, Working Paper 2015, 22 f.

Stimmrecht Wert bei, um Managerscheidungen zu beeinflussen.¹¹² Teilweise erwerben sie sogar neue Aktien vor dem Stichtag, um ihren Präferenzen mehr Ausdruck zu verleihen.¹¹³ Soweit sie mit dem Vorstand hinter den Kulissen interagieren, nehmen sie mit einem Zustimmungserfordernis eine deutlich bessere Verhandlungsposition ein¹¹⁴ und können auch effektiver informell Druck aufbauen.¹¹⁵

Hedgefonds werden zumeist bei besonders riskanten und wertvernichtenden Transaktionen aktiv, wobei infolge der Intervention die Zustimmungsrate der Aktionäre deutlich sinkt und sogar eine negative Stimmrechtsberaterempfehlung wahrscheinlicher wird. Es bedarf also häufig eines „Aktivisten, der die Opposition anführt“.¹¹⁶ Darüber hinaus ist eine Hedgefonds-Beteiligung auf Bieterseite nach bisherigen Erkenntnissen mit einer deutlich verbesserten Akquisitionspolitik verbunden, was dem Vorwurf der kurzfristigen Gewinnerzielungsabsicht (*short termism*) widerspricht.¹¹⁷

Privataktionäre – namentlich Millennials und aus der sog. GenZ – äußern ihre Kritik zwar eher über soziale Medien wie Twitter, scheinen aber in der Lage sowohl die Durchführungswahrscheinlichkeit umstrittener Transaktionen¹¹⁸ als auch das Beschlussergebnis im Falle eines Zustimmungserfordernisses negativ zu beeinflussen.¹¹⁹

-
- 112 Etwa J. McCahery/Z. Sautner/L. Starks, Behind the Scenes: The Corporate Governance Preferences of Institutional Investors, J. Fin. 71 (2016), 2905 (2913, 2924).
 - 113 J. Bethel/G. Hu/Q. Wang, The market for shareholder voting rights around mergers and acquisitions, J. Corp. Fin. 15 (2009), 129 (139 ff.); ferner V. Fos/C. Holderness, The Distribution of Voting Rights to Shareholders, J. Fin. & Quant. Anal. 2022, 1 (4).
 - 114 Thomas/Tricker, Shareholder Voting (Fn. 104), 9 (88): “Voting against a deal and persuading other investors to do the same provides leverage to the activists to negotiate better terms.”
 - 115 P. Iliev/K. Lins/D. Miller/L. Roth, Shareholder Voting and Corporate Governance Around the World, Rev. Fin. Stud. 28 (2015), 2167: “Without the credible threat of dissent voting, other mechanisms used by shareholders to engage in activism [...] would be less consequential.”
 - 116 Jiang/Li/Mei, Activist arbitrage (Fn. 105), 156 (157, 159).
 - 117 N. Gantchev/M. Sevilir/A. Shivdasani, Activism and empire building, J. Fin. Econ. 138 (2020), 526 (529 ff.); S.-Y. Wu/K. Chung, Hedge Fund Activism and Corporate M&A Decisions, Mgmt. Sci. 2021, 1 (5 ff.); auch W. Bessler/M. Vendrasco, Corporate control and shareholder activism in Germany, Int. Rev. Fin. Anal. 83 (2022), 102254, 1 (27).
 - 118 C. Schiller, Are Managers listening to Twitter? Evidence from Mergers & Acquisitions, ECGI Working Paper 2021, 3 f.
 - 119 J. Ang/C. Hsu/D. Tang/C. Wu, The Role of Social Media in Corporate Governance, Acc. Rev. 96 (2021), 1 (21 f.).

Zu 4. Die Annahme, einer Hauptversammlungs-beteiligung stehe die fehlende Flexibilität und organisatorische Schwerfälligkeit des Organs entgegen, ist sehr zweifelhaft.

Defizite der Hauptversammlungspraxis wurden durch Reformen der letzten Jahre sichtlich entschärft. So ist zwar eine Verzögerung des Transaktionsprozesses durch das Einberufungsverfahren nicht auszuschließen. Diese dürfte aber selten derart unverhältnismäßig ausfallen, dass sie wertsteigernde Transaktionen verhindert. Einerseits zeigen Daten zu den britischen „Klasse-1-Transaktionen“, dass eine Abstimmung schon ein Monat nach der Ankündigung im Bereich des Möglichen liegt;¹²⁰ andererseits fällt die Verzögerung kaum ins Gewicht, wenn der Abschluss ohnehin durch umfangreiche Kartellfreigaben verzögert wird.¹²¹

Die Gefahr von erpresserischen Anfechtungsklagen ist bei eintragungspflichtigen Beschlüssen durch die Beschleunigung des Freigabeverfahrens sichtlich reduziert.¹²² Das Risiko von Klagen gegen nicht-eintragungspflichtige *verbindliche* Beschlüsse besteht grundsätzlich fort, verringert sich aber angesichts des sehr gut dokumentierten Rückgangs der Berufungsklägerschaft.¹²³ Bei Konsultativbeschlüssen kann von einer durch Anfechtungsklagen verursachten Verzögerung schon von vornherein keine Rede sein.

Die Behauptung, eine Hauptversammlung verursache zu hohe Kosten, ist im Lichte der erheblichen Gesamtkosten der Transaktion,¹²⁴ einer nunmehr möglichen kostengünstigeren virtuellen Versammlung¹²⁵ und der oben genannten auf die Zustimmung zurückgehenden erheblichen Zugewinne nicht haltbar.

120 Vgl. *Becht/Polo/Rossi*, Mandatory Shareholder Voting (Fn. 100), 3035 (3048) (Table 1.); *Tokbolat/Thompson/Le*, Shareholder voting (Fn. 108), 815 (822).

121 *M. Gatti*, Reconsidering the Merger Process, *Hastings L. J.* 69 (2019), 835 (869): "the completion of a deal can be delayed by several factors other than the vote itself. Such factors can range from structural complexities to antitrust or other regulatory issues."

122 *W. Bayer/T. Hoffmann*, Freigabeverfahren nunmehr echtes Eilverfahren, AG 2012, R59.

123 *S. Feige*, Beschlussanfechtung im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht, Baden-Baden 2019, S. 105 ff.; *W. Bayer/T. Hoffmann*, Beschlussmängelklagen-Monitor 2021/2022, AG 2023, R141 m.w.N.

124 *Gatti*, Merger Process (Fn. 121), 835 (882): "the costs of a shareholder meeting alone are overshadowed by other deal expenses."

125 *S. Wunderlich*, Die Digitalisierung der Hauptversammlung, Baden-Baden 2022, S. 233.

IV. Applying: Ausweitung der geschriebenen Kompetenzen

Nun kann Rechtssetzung nicht auf wissenschaftliche Gewissheit warten, sondern muss versuchen, aus dem vorhandenen Wissen – auch wenn es unvollständig ist – die besten verfügbaren Schlüsse zu ziehen.¹²⁶ In diesem Sinne legen die empirischen Erkenntnisse nahe, dass ein Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung bei M&A durch börsennotierte Aktiengesellschaften dem *heutigen* Wirtschaftsleben eher entspricht.

Eine Ausweitung der ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen auf weitere Strukturentscheidungen erscheint allerdings aufgrund der Rechtsunsicherheit, welche man gerade mit dem „Gelatine“-Urteil zu verhindern versucht hatte, als zu großes Risiko. Richtigerweise gilt die Eindämmung von akquisitionsfreudigen Managern über zusätzliche Mitspracherechte der Aktionäre grundsätzlich als Frage der Gesetzgebung und nicht der Rechtsprechung.¹²⁷ Wenig überzeugend scheint jedenfalls die Begründung des Schwellenwertes, sodass dem BGH anzuraten ist, ihn auf etwa 25 % herabzusetzen sowie konsequenterweise den Mediatisierungseffekt beim Beteiligungserwerb gegen Barmittel anzuerkennen.

Auf Ebene des *soft law* dürfte die Aufnahme einer Kodex-Empfehlung wenig erfolgsversprechend sein, da Manager hiervon mit Verweis auf den Organisationsaufwand leicht abweichen können (vgl. § 161 Abs. 1 AktG).¹²⁸ Vielmehr ist eine gesetzliche Regelung nach dem Vorbild ausländischer Rechtsordnungen zu empfehlen, deren Zustimmungspflichten sich als praxistauglich erwiesen haben. Namentlich den britischen Klassentests wird auf breiter Basis eine Vorbildfunktion zugeschrieben.¹²⁹ Auch der bekannte

126 D. Langevoort, The Behavioral Economics of Mergers and Acquisitions, Tenn. J. Bus. L. 12 (2011), 65 (74): “Law-making [...] cannot wait for scientific certainty, and must try to draw the best available behavioral inferences from whatever knowledge is at hand, even when it is incomplete.”

127 Langevoort, Behavioral Economics (Fn. 126), 65 (76): “voting rights are a legislative rather than judicial issue.”

128 Zu Recht G. Bachmann, Die Übernahme-Hauptversammlung, in: B. Paal/D. Poelzig/O. Fehrenbacher (Hrsg.), Festschrift für Werner F. Ebke, München 2021, S. 61 (70) („keine große Mühe“).

129 Etwa Goj, Ungeschriebenes Hauptversammlungserfordernis (Fn. 36), S. 354 f. mit Fn. 11; M. Becht/A. Polo/S. Rossi, Should Shareholders Have a Say on Acquisitions?, J. Appl. Corp. Fin. 33 (2021), 48 (55 f.); A. Afsharipour, Reevaluating Shareholder Voting Rights in M&A Transactions, Okla. L. Rev. 70 (2017), 127 (155 f.).

Vorschlag von *Stephan/Strenger* nimmt an den britischen Regeln Maß.¹³⁰ Er trägt der dualistischen Leitungsverfassung Rechnung und erfasst die bisher von der „Holzmüller/Gelatine“-Doktrin erfassten Transaktionstechniken. Der Ausschluss des Anfechtungsrechts sollte allerdings nur in letzter Konsequenz erwogen werden.

Unabhängig davon ist an die Vorstände zu appellieren, von ihrem Vorlage-recht gem. § 119 Abs. 2 AktG schon jetzt Gebrauch zu machen.

E. Fazit

Nach alldem war die Einholung eines Beschlusses der *Bayer*-Hauptversammlung zwar nicht notwendig, wäre aus Unternehmenssicht aber die bessere Entscheidung gewesen. Ob die Aktionäre die Transaktion verhindert hätten, ist nicht mit Sicherheit zu beantworten. Die rechtsempirische Analyse hat indes gezeigt, dass die Argumente der Hauptversammlungskritiker nicht über jeden Zweifel erhaben sind. Es bedarf dringend einer Neuausrichtung des Diskurses um eine Hauptversammlungskompetenz bei M&A-Transaktionen, welche Erkenntnisse der quantitativen M&A-Forschung stärker berücksichtigt. Mit der hiesigen Analyse ist der erste Aufschlag getan.

130 *M. Stephan/C. Strenger*, Die Zuständigkeit der Hauptversammlung bei Strukturveränderungen, AG 2017, 346.

Experimentelle Rechtstatsachenforschung im lauterkeitsrechtlichen Prozess: Beweismöglichkeiten jenseits der Demoskopie

Alexander Egberts*

Vor etwas mehr als einem Jahrhundert führte Arthur Nussbaum den Begriff der Rechtstatsachenforschung ein, um damit die Ermittlung von Tatsachen, die „für ein volles Verständnis und eine sachgemäße Anwendung der Normen erforderlich“ sind, zu bezeichnen.¹ Der damit verbundene programmatische Aufruf, sich weniger einer „leeren Dogmatik“ zu bedienen und vermehrt tatsächliche Lebensumstände zu berücksichtigen, ist bis heute nicht abgeklungen.² Im Kern geht es dabei um die Ermittlung der „für das Recht notwendigen Empirie“.³ Diese Ermittlung ist im Grundsatz methodenoffen,⁴ beschränkt sich in Deutschland allerdings überwiegend auf beobachtende Studien mit beschreibendem Erkenntnisinteresse.⁵ Anders ist

* LL.M., M.A.; den Teilnehmer:innen der 33. Jahrestagung der GJZ sei für die hilfreichen Diskussionsbeiträge und persönlichen Rückmeldungen gedankt. Dank für wertvolle Kommentare am Manuskript gilt zudem Frederike Zufall, Hanjo Hamann, Johannes Rottmann, Johannes Kruse, Fabian Jäkel, Thomas Holzhausen und Arian Henning. Zur Verbesserung der Lesbarkeit werden determinierende Kompositionsglieder nicht gegendert.

- 1 A. Nussbaum, *Rechtstatsachenforschung: Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, Tübingen 1914, S. 6. Erste Nennung des Begriffs auf S. 8: „will man [die in die Jurisprudenz gehörigen Tatsachen] mit einem Schlagwort bezeichnen, so wird dafür vielleicht der Ausdruck ‚Rechtstatsachen‘ gewählt werden können“.
- 2 Prominent N. Petersen, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, *Der Staat* 49 (2010), 435 (455).
- 3 A. Chiotellis / W. Fikentscher, *Einführung*, in: Chiotellis/Fikentscher (Hrsg.), *Rechtstatsachenforschung*, Köln 1985, I (3).
- 4 So auch T. Raiser, *Rechtstatsachenforschung und Rechtsfortbildung*, in: Plett/Ziegert (Hrsg.), *Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik*, Tübingen 1984, S. 29; A. Pflüger, *Rechtstatsachenforschung in der Praxis*, in: Brand/Strempel (Hrsg.), *Soziologie des Rechts: FS Erhard Blankenburg*, Baden-Baden 1998, 561 (562).
- 5 H. Hamann, *Evidenzbasierte Jurisprudenz*, Tübingen 2014, S. 41; N. Petersen, *Empirische Wende* (Fn. 2), 435: „Dagegen ist die Beschäftigung mit [...] kausalen Zusammenhängen [...] sowohl in der juristischen Praxis als auch in der Rechtswissenschaft bisher nicht sonderlich stark ausgeprägt“. Zu neueren Ansätzen H. Hamann, *Evidenz, Empirie und Data Science in der Rechtswissenschaft. Ein „Scoping Review“ zur Taxonomie*

dies beispielsweise in den USA, wo das Feld der *empirical legal studies* auf einen breiten Strauß von Forschungsdesigns und Methoden zurückgreift.⁶

Rechtstatsachenforschung lässt sich über die von ihr angesprochenen Rezipienten in drei Bereiche einteilen: die rechtspolitische Tatsachenforschung wird im Kontext von Gesetzgebungsverfahren herangezogen, um als „wesentliche Entscheidungsgrundlage“⁷ darüber zu informieren, welche Rolle das Recht für die Verwirklichung sozialer Lebensverhältnisse spielt (und umgekehrt!);⁸ die rechtsdogmatische Tatsachenforschung berücksichtigt empirische Befunde als unmittelbaren Bestandteil der Rechtsanwendung, beispielsweise im Rahmen der teleologischen Normauslegung, der Ermittlung der Wortlautgrenze sowie zur empirischen Überprüfung von (Privat)Rechtsprinzipien;⁹ die rechtspraktische Tatsachenforschung zielt dagegen darauf ab, Lebenssachverhalte empirisch zu ermitteln, die für gerichtliche Einzelfallentscheidungen von Bedeutung sind. Mit letzterer befasst sich diese Untersuchung. Wenn auch wiederholt vorgeschlagen,¹⁰ finden empirische Untersuchungen als Beweismittel im Zivilprozess bisher tatsächlich wenig Verwendung.¹¹ Eine prominente Ausnahme bildet das Beweismittel der demoskopischen Befragung zur Ermittlung der Verkehrsauffassung im gewerblichen Rechtsschutz.¹²

quantitativer Rechtsforschung, in: Wörner/Wilhelmi/Glockner/et al., Digitalisierung des Rechts, Berlin 2024, 41 (44 ff.).

- 6 Das mag unter anderem in der dort vorherrschenden Wahrnehmung der Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften liegen (*legal realism*), vgl. W. Bayer, Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung, in: Auer/Grigoleit/Hager/et al. (Hrsg.), FS Claus-Wilhelm Canaris, Berlin 2017, 319 (322) m.w.N.
- 7 D. Stempel, Empirische Rechtsforschung, in Broda/Deutsch/Schreiber/Vogel, FS Rudolf Wassermann, Neuwied 1985, 223 (232).
- 8 Da diese Untersuchungen größtenteils aus der sozialwissenschaftlichen Forschung kommen, gilt die Kritik des eingeschränkten Methodengebrauchs hier ausdrücklich nicht.
- 9 W. Bayer, Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung (Fn. 6), 319 (321 f.) m.w.N.
- 10 Bspw. für die Ermittlung des Handelsbrauchs P. Oestmann, Die Ermittlung von Verkehrssitte und Handelsbräuchen, JZ 2003, 285 oder für das Transparenzgebot i.R.d. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB A. Stöhr, Die Bestimmung der Transparenz, AcP 216 (2016), 558.
- 11 H. Hamann, Marken- und Wettbewerbsrecht als Vorbilder für die Vertragsauslegung, in: Christandl/Laimer/et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Innsbruck 2017, S. 135 (147): „... hat das Zivilrecht von der Demoskopie bisher kaum Kenntnis genommen“.
- 12 Dieser sei „Vorreiter für Demoskopie in der Rechtspraxis“, T. Müller, Mutmaßungen über Verkehrsauffassungen, JR 1992, 8 (11) m.w.N.

Das Lauterkeitsrecht zeigt sich im Ansatz offen gegenüber der Verwendung rechtspraktischer Tatsachenforschung. Daher untersucht dieser Beitrag, ob und inwieweit sich andere, insbesondere experimentelle, Studienformen zur Ermittlung lauterkeitsrechtlich relevanter Sachverhaltselemente (besser) eignen. Dieser Frage nachgehend soll zunächst die Verwendung demoskopischer Gutachten in lauterkeitsrechtlichen Prozessen dargestellt werden (A.). Im Anschluss werden die Erkenntnisgrenzen der demoskopischen Methode im Lauterkeitsrecht untersucht (B.), um sodann Mehrwert und Anwendungsmöglichkeiten experimenteller Untersuchungen zu erklären (C.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung (D.).

A. Demoskopische Ermittlung lauterkeitsrechtlicher Generalklauseln

Das Lauterkeitsrecht richtet sich gegen Handlungen von Unternehmen im Wettbewerb, die sich nachteilig auf Mitbewerber, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer auswirken. Konzeptionell lässt sich das maßgeblich im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) kodifizierte Lauterkeitsrecht als Deliktsrecht der Unternehmen verstehen,¹³ welches dem Interesse der Allgemeinheit am unverfälschten Wettbewerb dient, § 1 Abs. 1 S. 2 UWG.¹⁴ Das UWG enthält eine Reihe von „per se“-Verboten, die gem. § 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang I UWG stets zur Unzulässigkeit führen, ohne dass es der Prüfung ihrer Auswirkungen bedarf. Daneben enthalten die §§ 3 – 7a UWG weitere Vorschriften, unter ihnen auch mehrere Generalklauseln, welche im Fokus dieser Untersuchung stehen.¹⁵

Darunter fallen die Verbrauchergeneralklausel (§ 3 Abs. 2 UWG) und die Verbote von aggressiven (§ 4a UWG) sowie irreführenden (§ 5, 5a UWG) geschäftlichen Handlungen. Die Vorschriften eint ihr struktureller Aufbau: Sie verbieten Handlungen,¹⁶ die ein „Unwertkriterium“¹⁷ erfüllen, das sich an der Verkehrsauffassung orientiert (I.). Zudem müssen diese sich spürbar

13 So V. Emmerich / K. Lange, Lauterkeitsrecht, 12. Aufl., München 2022, § 1 Rn. 5.

14 Daneben gibt es zahlreiche Nebengesetze, die in dieser Untersuchung jedoch unberücksichtigt bleiben.

15 § 3 Abs. 1 UWG und § 3a UWG bleiben wegen ihrer fehlenden europarechtlichen Determinierung unberücksichtigt, vgl. T. Lettl, Die geschäftliche Relevanz, WRP 2019, 1265 (1273 f.).

16 Der Begriff der geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) wird dabei in europarechtskonformer Auslegung sehr weit verstanden, vgl. H. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG-KO, 41. Aufl., München 2023, § 2 Rn. 2.7.

17 So bspw. H. Köhler (Fn. 16), § 3 Rn. 5.16.

auf das Verkehrsverhalten auswirken („Relevanzkriterium“) (II.). Beide Kriterien werden in der gerichtlichen Praxis sowohl normativ als auch durch einen Rückgriff auf demoskopische Untersuchungen ermittelt (III.).

I. Das Unwertkriterium als Verkehrsauffassung

Das Unwertkriterium erfordert, dass das als unlauter angegriffene Verhalten gegen die „unternehmerische Sorgfalt“ verstößt.¹⁸ Die Verbrauchergeneral Klausel stellt als Auffangtatbestand unmittelbar auf dieses Kriterium ab, § 3 Abs. 2 UWG. Bei § 4a UWG und §§ 5, 5a UWG liegen dagegen spezielle Sorgfaltsverstöße durch aggressives bzw. irreführendes Geschäftsverhalten vor; der Sorgfaltsverstoß i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG wird sodann gesetzlich vermutet.¹⁹

Zur Ermittlung des Unwertkriteriums wird überwiegend auf die maßgebliche Verkehrsauffassung abgestellt. Welche Fachkenntnis und Sorgfalt vom Unternehmen erwartet werden darf, ist anhand der „berechtigten Erwartungen eines Durchschnittsverbrauchers“ zu konkretisieren;²⁰ das erforderliche unternehmerische Verhalten um eine „informationsgeleitete und freie, mithin rationale Entscheidung“ zu ermöglichen bestimmt sich aus dessen Sicht.²¹ Und auch für die Beurteilung der Irreführungsgefahr ist auf das Verständnis der angesprochenen Adressat:innen abzustellen:²² maßgeblich ist, ob die Angabe nach Auffassung des adressierten Verkehrskreises geeignet ist, in hinreichendem Umfang eine Fehlvorstellung hervorzurufen.²³ In beiden Fällen ist damit die Verkehrsauffassung für die

18 Legaldefiniert als „Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt“ den Verbraucher:innen vom Unternehmen billigerweise erwarten dürfen, § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG.

19 EuGH GRUR 2013, 1157 Rn. 37 ff.; GRUR 2015, 600; dazu auch *KH. Fezer*, in Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG-KO, 3. Aufl., München 2016, § 2 Abs. 1 Nr. 7, Rn. 30 f. Rn. 176.

20 EuGH, GRUR 2016, 1180 Rn. 34 f. zum Begriff des Durchschnittsverbrauchers unten, A.III.

21 BGH NJW 2014, 2279, Rn. 23. Kritisch zu diesem Vorgehen *R. Podszun*, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG-KO, 5. Aufl., München 2021, § 3 Rn. 78.

22 So die st. Rspr. BGHZ 13, 244 (253), BGHZ 28, 1 (6), BGHZ 156, 250 (252), jüngst BGH GRUR 2021, 1315, Rn. 15 und die Literatur, siehe nur *H. Köhler* (Fn. 16), § 5 Rn. 1.57 ff, m.w.N.

23 *A. Lubberger*, in Gloy/Loschelder/Danckwerts (Hrsg.), Hdb. Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 40 Rn. 97 f. Dagegen sind für die Beurteilung der „Unwahrheit“ von Angaben objektive Kriterien heranzuziehen, *G. Dreyer*, in Harte-Baven-

Beurteilung des Unwertkriteriums ausschlaggebend.²⁴ Grundsätzlich sind demoskopische Untersuchungen dazu geeignet, die Anschauung und Meinung eines Verkehrskreises zu ermitteln. Etwas anderes gilt lediglich bei der Beurteilung der Aggressivität geschäftlicher Handlungen i.S.d. § 4a UWG.²⁵

II. Das Relevanzkriterium als Verkehrsverhalten

Des Weiteren muss die Realisierung des Unwertkriteriums dazu geeignet sein, „den Verbraucher oder den sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“, § 3 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 11 Hs. 1 UWG; § 4a Abs. 1 UWG; § 5 Abs. 1 UWG; § 5a Abs. 1 Nr. 2 UWG. Dies wird als „geschäftliche Relevanz“ bezeichnet.²⁶ Betonung verdient, dass der Wortlaut des Merkmals über die hier untersuchten Generalklauseln hinweg quasi identisch ist.²⁷ Inhaltlich geht es dabei um die Frage nach dem Kontrafaktischen, nämlich dem hypothetisch-alternativen Verbraucherverhalten.²⁸ Die geschäftliche Entscheidung wird dabei als maßgeblicher Anknüpfungspunkt (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) weit ausgelegt: Erfasst sind nicht etwa nur direkte Kaufentscheidungen, sondern auch dem Kauf vor- oder nachgelagertes Verhalten.²⁹

Das Relevanzkriterium untersucht, ob die angegriffene Geschäftshandlung sich auf das Verbraucherverhalten auswirken kann. Denn verboten ist nicht allein die „unwerte“ Geschäftspraktik als solche; diese muss sich auch auf wettbewerblich relevante Weise auf das Verbraucherverhalten aus-

damm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG-KO, 5. Aufl., München 2021, § 5 Rn. 144, 309 ff.

24 Präzise P. Bähr, in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl., Köln 2021, Kap. 26 Rn. 9: „Die Verkehrsauffassung ist nichts real existierendes, sondern eine gedankliche Konstruktion zur Erfassung eines gesellschaftlichen Phänomens, nämlich einer mehr oder minder gleichgerichteten Anschauung.“

25 Die hier erforderliche „erhebliche Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit“ spricht jedenfalls mittelbar das potenziell hervorgerufene Verkehrsverhalten an (dazu sogleich).

26 H. Köhler (Fn. 16), § 3 Rn. 3.22; § 4a Rn. 1.36.; R. Podszun (Fn. 21), § 3 Rn. 92.

27 In der Verbrauchergeneralklausel sind lediglich „sonstige Marktteilnehmer“ nicht erfasst.

28 Dazu B. I.

29 Wie bspw. das Betreten eines Geschäfts (EuGH, GRUR 2014, 196 Rn. 35 f.) oder das Klicken auf ein Produkt zur weiteren Informationseinholung (BGH GRUR 2019, 746 Rn. 29).

wirken können.³⁰ Deren geschäftliche Entscheidung muss gerade Folge der „unwerten“ Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung sein.³¹ Im Rahmen der Verbrauchergeneralklausel und des Verbots aggressiver Geschäftshandlungen wird die Realisierung des Unwertkriteriums damit an das hervorgerufene Verbraucherverhalten geknüpft, wobei unterschiedliche Anforderungen an die Erheblichkeit der Einflussnahme gestellt werden.³² Bei den Irreführungstatbeständen geht es dagegen um die Frage, ob und inwieweit die Irreführung geschäftliche Entscheidungen der Verbraucher:innen beeinflussen kann.

Anders als das Unwertkriterium stellt das Relevanzkriterium damit nicht auf die Verkehrsauffassung, sondern auf das hypothetische Verkehrsverhalten ab. Ob der Adressatenkreis glaubt, potenziell von der Geschäftspraktik beeinflusst werden zu können, ist nicht maßgeblich; es gilt zu ermitteln, mit welcher Wahrscheinlichkeit er sich in der konkreten Situation hätte beeinflussen lassen können. Für diese Ermittlung sind die spezifischen Umstände der Entscheidungssituation zu berücksichtigen, nicht aber das tatsächlich-individuelle Verbraucherverhalten im Einzelfall. Vielmehr ist die „typische Reaktion“ in Form des antizipierten Verkehrsverhaltens maßgeblich.³³

Damit handelt es sich um ein abstraktes Kausalitätserfordernis, das sich vom klassisch-juristischen Konzept der deterministischen Kausalität unterscheidet: ob eine konkrete Verbraucherin wegen einer konkreten Einflussnahme in einer konkreten Situation eine konkrete Entscheidung getroffen hat, ist gerade nicht fallentscheidend.³⁴ Stattdessen ist die Wahrscheinlichkeit zu ermitteln, mit der die Praktik Verbraucher:innen in ihrem Verhalten als abstrakt betroffene Marktakteure beeinflussen kann. Damit stellt das

30 G. Dreyer (Fn. 23), § 5 Rn. 334.

31 In der Literatur wird daher z.T. zwischen Einwirkung und Auswirkung der Einflussnahme unterschieden, vgl. H. Köhler (Fn. 16), § 3 Rn. 3.22. Diese Differenzierung kann jedoch für den weiteren Verlauf der Untersuchung vernachlässigt werden, da inhaltlich i.E. beide Punkte nach der objektiven Wahrscheinlichkeit der Verhaltensbeeinflussung fragen.

32 Während das Eingriffskriterium i.R.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG als Bagatellschwelle verstanden wird, muss bei § 4a UWG ein *erheblicher* Einfluss vorliegen.

33 EuGH GRUR 2012, 1269.

34 Dies kann allenfalls eine indizielle Bedeutung entfalten. Etwas anderes gilt im Rahmen des neuen Schadensersatzanspruches für Verbraucher, § 9 Abs. 2 UWG, der den Nachweis einer Einzelfallkausalität erfordert, vgl. H. Köhler (Fn. 16), § 9 Rn. 2.23.

Erfordernis auf ein probabilistisches Kausalitätsverständnis ab, das dem der sozialwissenschaftlichen Wirkungsforschung entspricht.³⁵

In der lauterkeitsrechtlichen Entscheidungspraxis wird für die Ermittlung dieses Kriteriums überwiegend auf eine normative Prognose der Tatrichter:innen abgestellt.³⁶ Maßgeblich für deren Entscheidung ist, wie sich ein durchschnittlich informiertes, verständiges und der Situation entsprechend aufmerksames Mitglied des angesprochenen Verkehrskreises verhalten würde.³⁷ Das typische Verkehrsverhalten ist dabei anhand der Leitlinien des europäisch determinierten Leitbildes des Durchschnittsverbraucher zu ermitteln.³⁸ Auch die Ermittlung dieses Kriteriums steht der demoskopischen Untersuchung offen.³⁹

III. Rechtsdemoskopie in der lauterkeitsrechtlichen Praxis

„Demoskopie“ beschreibt die systematische Ermittlung von Meinungen oder Einstellungen in der Gesellschaft (oder einer festgelegten Zielgruppe) anhand von Umfragen.⁴⁰ Dafür wird eine repräsentative Stichprobe der relevanten Bevölkerungsgruppe ausgewählt und mit einem standardisierten Fragebogen konfrontiert.⁴¹ Die „Rechtsdemoskopie“⁴² nutzt solche Umfragemethoden zur Feststellung rechtsrelevanter Tatsachenfragen, insbesondere zur Ermittlung der Verkehrsauffassung.⁴³ Mittels demoskopischer Untersuchungen lassen sich Ansichten der Befragten sammeln und zusammenfassen. In lauterkeitsrechtlichen Prozessen wird von dieser Möglichkeit seit

35 Dazu C.I. Nur der Vollständigkeit halber sei hier darauf hingewiesen, dass dies auch nicht der Kategorie eines Gefährdungstatbestandes entspricht, welcher zwar kein Verschulden voraussetzt, aber durchaus auf einen individuellen Kausalzusammenhang abstellt.

36 Statt aller *KH. Fezer* (Fn. 19), § 2 Abs. 1 Nr. 7, Rn. 30 f. Rn. 179.

37 *G. Dreyer* (Fn. 23), § 5 Rn. 344.

38 EuGH GRUR 2012, 1269 Rn. 53.

39 Vgl. dazu B.II.2.

40 Aus dem altgriechischen δῆμος (démōs) „Volk“, σκοπεῖν (skopeín) „spähen“.

41 Die Auswahl einer repräsentativen Stichprobe kann dabei eine erhebliche methodische Herausforderung darstellen, *N. Döring / J. Bortz*, Forschungsmethoden und Evaluation, 5. Aufl., Wiesbaden 2016, S. 292 ff., 305 ff.

42 Begriff erstmals bei *H. Eichman*, Gegenwart und Zukunft der Rechtsdemoskopie, GRUR 1999, 939.

43 Zu Anwendungsgebieten auch jenseits des Lauterkeitsrechts *A. Pflüger*, in *Gloy/Lo-schelder/Danckwerts* (Hrsg.), Hdb. Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 42 Rn. III ff.

langer Zeit Gebrauch gemacht. Bereits 1933 zog das Reichsgericht erstmals ein demoskopisches Gutachten heran.⁴⁴ Zwischenzeitlich sah der BGH diese unter bestimmten Voraussetzungen als zwingendes Beweismittel an.⁴⁵ Doch auch wenn Richter:innen sich mittlerweile grundsätzlich auf ihre individuelle Einschätzung der Verkehrsauffassung verlassen dürfen,⁴⁶ werden solche Gutachten in der Rechtspraxis regelmäßig als Sachverständigenbeweis⁴⁷ oder – häufiger – als qualifizierter Sachvortrag berücksichtigt.⁴⁸ Dabei befasst sich die lauterkeitsrechtliche Praxis ganz überwiegend mit der Ermittlung der Irreführungsgefahr i.R.d. §§ 5, 5a UWG.

Damit eine Studie den relevanten Ausschnitt der Realität widerspiegeln kann, müssen Stichprobenauswahl, Fragestellung, Durchführung und Auswertung methodisch korrekt erfolgen.⁴⁹ Gerade bei der Frageformulierung bestehen auch explizite Vorgaben aus der Rechtsprechung.⁵⁰ Nur eine ordnungsgemäß ausgewählte Stichprobe erlaubt die Ausdehnung der Erkenntnisse auf die maßgebliche Bevölkerungsgruppe, nur eine methodengerechte Durchführung bringt valide Ergebnisse hervor.⁵¹ Dabei gibt es eine Hand-

44 RG GRUR 1934, 76.

45 Nach der „Bärenfangdoktrin“ musste für die Ablehnung der Irreführungsgefahr stets eine demoskopische Untersuchung eingeholt werden, vgl. BGH GRUR 1963, 270 (272 f.).

46 Seit BGH GRUR 2002, 550 (552); dies gilt auch wenn sie nicht zum angesprochenen Verkehrskreis gehören, eine Einschätzung aber aufgrund beruflicher Erfahrung treffen können.

47 Aufgrund eines parteilichen Beweisantritts i.S.d. § 403 ZPO oder von Amts wegen, § 144 Abs. 1 S. 1 ZPO. Prozessuale Einzelheiten bei A. Pflüger / H. Dobel, in: Hasselblatt, MAH GewRS, 6. Aufl., München 2022, § 9 Rn. 83 – 102.

48 BGH GRUR 2011, 1043 Rn. 50. Bei korrekter Durchführung muss sich das Gericht sodann i.R.d. § 286 ZPO zwingend mit diesen auseinandersetzen, siehe nur BGH MDR 2003, 45 (46); BGH GRUR 2013, 631 Rn. 48.

49 Im Einzelnen H. Dobel, Verkehrsauffassung und demoskopische Gutachten im Marken- und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2014, S. 106 ff.; instruktiv A. Pflüger (Fn. 43), § 42 Rn. 13 – 44.

50 So sei grds. eine Kombination aus offenen Fragen und nachfassenden geschlossenen Fragen zur Aufklärung erforderlich, vgl. BGH GRUR 1993, 920 (922); BGH GRUR 1992, 66 (68); BGH GRUR 1991, 680 (681). Auch sollen Fragen so formuliert sein, dass sich eine Suggestivwirkung ausschließen lässt, vgl. BGH GRUR 1989, 440 (442); BGH GRUR 1992, 70 (71).

51 F. Faulbaum, Methodische Grundlagen der Umfrageforschung, Wiesbaden 2019, S. 171 ff., 393 ff., 407 ff. Kritik an der Stichprobenauswahl ist dabei nicht selten, vgl. für das Facebook-Verfahren J. Kruse, Der Nutzer – das unbekannte Wesen, NZKart 2019, 418 (420 f.).

voll auf Rechtsdemoskopie spezialisierte Institute, die regelmäßig mit der Ausführung derartiger Untersuchungen beauftragt werden.⁵²

Im Zuge der europäischen Determinierung des Verbraucherleitbildes ist bezweifelt worden, ob empirische Erkenntnisse zu dessen Beurteilung überhaupt herangezogen werden dürfen.⁵³ Denn bei der Ermittlung von Verkehrsauffassung und Verkehrsverhalten ist das normative Leitbild des Durchschnittsverbrauchers zu berücksichtigen. Dieser ist „angemessen gut unterrichtet [...] aufmerksam und kritisch“.⁵⁴ Das frühere Leitbild des „flüchtigen Verbrauchers“, nach dem Verbraucher:innen sich nicht ausführlich mit Werbeaussagen auseinandersetzen und diese nur flüchtig wahrnehmen,⁵⁵ fand spätestens mit der „Gut Springenheide“-Entscheidung des EuGH ein Ende. Dieser stellt nunmehr auf die „mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ ab.⁵⁶ Der BGH hat sich diesem Leitbild mit der „Orient-Teppichmuster“-Entscheidung angeschlossen.⁵⁷ Die Gültigkeit dieses Leitbildes steht für das Lauterkeitsrecht außer Frage.⁵⁸

Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, wie die Verkehrsauffassung im konkreten Fall zu ermitteln ist. Zwar legt ErwGr. 18 S. 5 UGP-RL fest, dass das Europäische Verbraucherleitbild „nicht auf einer statistischen Grundlage“ beruhe. Die Frage, inwieweit daneben auch empirische Untersuchungen herangezogen werden können, spaltet die lauterkeitsrechtliche Literatur: ein Teil spricht sich für eine ausschließlich normative Ermittlung der Verkehrsauffassung durch entscheidende Richter:innen aus;⁵⁹ der andere hält eine empirische Ermittlung der Verkehrsauffassung grundsätzlich

52 Vgl. A. Pflüger / H. Dobel (Fn. 47), § 9 Rn. 141.

53 Bspw. G. Dreyer (Fn. 23), § 5 Rn. 149; I. Scherer, Normative Bestimmung von Verwechslungs- und Irreführungsfahr, GRUR 2000, 273; HW. Micklitz / M. Namysłowska in Heermann/Schlingloff (Hrsg.), Münchner KO UWG, 3. Aufl. München 2020, Art. 6 UGP-RL Rn. 27 ff.

54 Vgl. ErwGr. 18 S. 2 UGP-RL, zurückgehend auf EuGH GRUR Int 1998, 795 Rn. 37.

55 Soweit ersichtlich von BGH GRUR 1957, 128 bis einschließlich BGH GRUR 1995, 60 (61).

56 EuGH GRUR Int 1998, 795 Rn. 31.

57 BGH GRUR 2000, 619 (612). Umfangreiche Nachweise bei J. Bornkamm, / J. Feddersen, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG-KO, 41. Aufl., München 2023, § 5 Rn. 0.71.

58 Statt aller A. Lubberger (Fn. 23), § 40 Rn. 14. Der deutsche Gesetzgeber hat dieses Leitbild explizit übernommen, vgl. BT-Drucks. 16/10145 S. 40.

59 Vgl. Fn. 53. Dabei ist zweifelhaft, ob eine rein normative Ermittlung überhaupt möglich ist. Denn die Frage nach der Verkehrsauffassung lässt sich nur faktisch beantworten. Entscheidend ist eher, welche Art von Fakten das Gericht heranzieht:

für zweckmäßig oder gar geboten.⁶⁰ Die Darstellung als sich gegenseitig ausschließende Ermittlungsmethoden ist jedoch verkürzt. Vielmehr sollten in einem ersten Schritt die tatsächlichen Elemente der Verkehrsauffassung ermittelt werden – basierend auf Parteienanhörung, richterlicher Lebenserfahrung und auch empirischen Untersuchungen – um dann in einem zweiten Schritt das europäisch-normative Verbraucherleitbild heranzuziehen.⁶¹ Der Einwand, ein solches Vorgehen sei europarechtswidrig, verfährt nicht:⁶² auch hier wird die normativ determinierte Entscheidungshoheit letztlich gewahrt; die Einholung empirischer Beweismittel erweitert oder verkürzt diesen Entscheidungsspielraum nicht.⁶³ Zudem stellt das europäische Verbraucherleitbild auch an anderen Stellen auf die tatsächlichen Marktgeschehnisse ab, sodass eine empirische Ermittlung zumindest nicht grundsätzlich systemfremd scheint.⁶⁴ Schließlich hält der EuGH selbst explizit fest, dass nationale Gerichte zur Ermittlung der Irreführungsgefahr „ein Sachverständigengutachten einholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag geben“ können.⁶⁵

Auch in der Entscheidungspraxis des BGH wird die Heranziehung empirischer Erkenntnisse weiterhin als zulässig erachtet. Zwar gesteht dieser auch die Ermittlung anhand eigener Lebenserfahrung und Sachkunde zu.⁶⁶ Daneben bleibt es jedoch bei der Einordnung als Tatsachenfrage, die dem Beweis – auch dem empirischen – zugänglich ist.⁶⁷ Obwohl sich die Praxis vor allem mit der Irreführungsgefahr der §§ 5, 5a UWG befasst, lässt sich diese Erkenntnis auch auf die empirische Ermittlung weiterer Tatbestandsmerkmale übertragen.

richterliche Lebenserfahrung (anekdotische Evidenz) oder empirische Befunde? Vgl. dazu auch *J. Kruse*, *Ökonomik vor Gericht*, Baden-Baden 2024, S. 10 f., 181 ff.

60 *A. Lubberger* (Fn. 23), § 40 Rn. 24, § 41 Rn. 7 ff.; *J. Glöckner*, in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Hrsg.), *UWG-KO*, 5. Aufl., München 2021, Einl. B Rn. 484 f.; *HJ. Ahrens*, *Verwirrtheiten juristischer Verkehrskreise zum Verbraucherleitbild*, WRP 2000, 812 (814 f.). Instruktive Darstellung bei *H. Dobel*, *Verkehrsauffassung* (Fn. 49), S. 44–57, 63 ff.

61 So auch *A. Lubberger* (Fn. 23), § 41 Rn. 1–9; *P. Ruess*, in *Heermann/Schlingloff* (Hrsg.), *Münchner KO UWG*, 3. Aufl. München 2020, § 5 Rn. 261 ff. m.w.N.

62 So aber *G. Dreyer* (Fn. 23), § 5 Rn. 152.

63 So auch *A. Lubberger* (Fn. 23), § 41 Rn. 1, 11; *J. Glöckner* (Fn. 60), Einl. B Rn. 485.

64 *J. Glöckner* (Fn. 60), Einl. B Rn. 440 ff.; *A. Lubberger* (Fn. 23), § 41 Rn. 23.

65 EuGH GRUR Int 1998, 795 Rn. 35.

66 BGH GRUR 2004, 244 (245).

67 Vgl. *O. Sosnitza*, in *Ohly/Sosnitza*, *UWG-KO*, 8. Aufl. München 2023, § 5 Rn. 151 ff. m.w.N.

B. Erkenntniswert und -grenzen demoskopischer Untersuchungen

Demoskopische Untersuchungen sind ein hilfreiches empirisches Werkzeug, verfügen jedoch über inhärente Erkenntnisgrenzen. Aus methodischer Perspektive eignen sie sich vor allem für die Ermittlung der Verkehrsauffassung, nicht aber zur Ermittlung des Verkehrsverhaltens. Um das zu veranschaulichen, soll zunächst eine kurze Einordnung der Demoskopie in das Spektrum sozialwissenschaftlicher Methoden erfolgen (I.), bevor die konkreten Erkenntnisgrenzen im Lauterkeitsrecht genauer erläutert werden (II.).

I. Demoskopie im Methodenspektrum empirischer Sozialforschung

Allgemein wird in der empirischen Sozialwissenschaft auf methodischer Ebene zwischen **beobachtenden** und **experimentellen Studien** unterschieden.⁶⁸ Bei beobachtenden Studien greifen Forschende nicht in das Geschehen ein, sondern machen die vorhandenen Informationen lediglich verfügbar, indem sie Daten sammeln und auswerten. In experimentellen Studien geht es dagegen gerade darum, die Auswirkungen eines bestimmten Eingriffes zu untersuchen. Dafür werden die Beobachtungen in einem klar definierten Umfeld gesammelt, in dem ein Teil der beobachteten Einheiten dem Eingriff („treatment“) unterliegt, der andere Teil jedoch nicht („control“).⁶⁹

Im Hinblick auf die Zielsetzung empirischer Forschung wird zudem zwischen **beschreibenden** und **kausalen Studien** differenziert.⁷⁰ Diese unterscheiden sich hinsichtlich des mit ihnen verfolgten Erkenntnisinteresses. Beschreibende Studien abstrahieren Beobachtungen eines konkreten Lebenssachverhalts und fassen diese anhand bestimmter Kennzahlen (z.B. dem Durchschnittswert) oder grafischer Darstellungen zusammen. Damit beschreiben sie Tatsachen oder Phänomene in der Population, ohne notwendigerweise die zugrundeliegenden Ursachen zu identifizieren. Kausale Studien zielen dagegen auf die Identifikation genau dieser Ursachen ab und

68 Instruktiv H. Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz (Fn. 5), S. 137 ff. m.w.N.

69 N. Döring / J. Bortz, Forschungsmethoden (Fn. 41), S. 193 f.

70 Regelmäßig wird zwischen beschreibendem, erklärendem und erkundendem Erkenntnisinteresse differenziert, vgl. N. Döring / J. Bortz, Forschungsmethoden (Fn. 41), S. 193 f. Dabei lässt sich das erkundende Erkenntnisinteresse als Unterfall des Beschreibenden verstehen, mit dem sich neuen Phänomenen initial angenähert wird.

ersuchen, die Wirkungsbeziehungen zwischen verschiedenen Variablen zu identifizieren.⁷¹

Damit lässt sich der aus kausalen Studien ermittelte Erkenntniswert als weitreichender verstehen:⁷² Einerseits nehmen diese den Schritt vom Beschreiben zum Erklären, indem sie zugrunde liegende Wirkungsmechanismen offenlegen. Andererseits befähigen sie dazu, wahrscheinlichkeitsbasierte Angaben über zukünftige oder hypothetische Geschehensabläufe zu treffen. Denn wenn die kausale Auswirkung einer Intervention feststeht, lassen sich Einschätzungen über hypothetische Geschehensabläufe treffen. Anders formuliert: beobachtende Studien beschreiben das Faktische; kausale Studien ermöglichen eine Einschätzung über das Kontrafaktische, also den Zustand, der sich nicht beobachten lässt.

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, wo sich die Demoskopie im Koordinatensystem von Studienform (beobachtend/experimentell) und Erkenntnisinteresse (beschreibend/kausal) verorten lässt. Die Antwort vermag Sozialwissenschaftler:innen und Jurist:innen zu versöhnen, denn: es kommt darauf an. Im Ausgang ist die Demoskopie lediglich ein Werkzeug zur Datenerhebung.⁷³ Die Studienform und das damit verfolgte Erkenntnisinteresse hängen von der konkreten Ausgestaltung der Untersuchung ab. Bei einer üblichen Meinungsumfrage beantworten Proband:innen einen standardisierten Fragebogen. Die so erfassten Ergebnisse werden quantifiziert und statistisch aufbereitet, um einen Überblick über die erteilten Antworten zu geben, der sich idealiter auf die untersuchte Population ausweiten lässt.⁷⁴ Im Grundsatz lässt sich die Demoskopie damit als beobachtende Untersuchung mit beschreibendem Erkenntnisinteresse einstufen.

Darüber hinaus können jedoch auch kausale Erkenntnisinteressen verfolgt werden, wenn der Aufbau der Befragung der Logik randomisierter Kontrollgruppenstudien folgt.⁷⁵ Dafür werden Proband:innen zufallsbasiert

71 N. Döring / J. Bortz, Forschungsmethoden (Fn. 41), S. 194 f.

72 Dazu D. Berg-Schlosser, Epistemologische Grundlagen, in: Wagemann/Goerres/Siewert (Hrsg.), Hdb. Methoden der Politikwissenschaft, Wiesbaden 2019, S. 1 – 18.

73 Eine Darstellung, die der Komplexität der methodischen Anforderungen gerecht wird, kann hier nicht erfolgen. Zur Vertiefung N. Döring / J. Bortz, Forschungsmethoden (Fn. 41), S. 356 ff. und 398 ff.

74 Bereits diese Reinform der Demoskopie ist nie *ausschließlich* beobachtend, weil unmittelbar mit dem Forschungssubjekt interagiert wird. Klassischerweise versucht die demoskopische Forschung aber, den so ausgeübten Einfluss möglichst gering zu halten, vgl. ebenda, S. 360 ff.

75 Näher dazu C.I.

in mehrere Gruppen eingeteilt, die in den untersuchungsrelevanten Aspekten unterschiedliche, ansonsten jedoch identische Fragebögen erhalten. Neben der beobachtenden Informationserhebung durch den Fragebogen können damit auch kausale Schlussfolgerungen gezogen werden: Wenn die Antworten der Proband:innen in dem abweichend formulierten Befragungsteil signifikant von der Kontrollgruppe abweichen, lässt dies Rückschlüsse auf die kausale Wirkung der Formulierung zu. Dieser Mehrwert experimenteller Befragungsformen ist der (rechts)demoskopischen Literatur nicht unbekannt.⁷⁶ Im rechtsdemoskopischen Kontext wird diese als „Kontrollgruppentest“⁷⁷ oder „Splitbefragung“⁷⁸ bezeichnet. Bereits 1967 regte der BGH eine Prüfungspraxis in Form von Kontrollgruppentests an,⁷⁹ ließ dies aber in seiner weiteren Rechtsprechung unberücksichtigt. Zwar finden sich immer wieder vereinzelt Urteile, in denen Gutachten mit Kontrollgruppentests durchgeführt wurden⁸⁰ und auch in der Literatur wird dies vereinzelt gefordert.⁸¹ Solche Experimentalumfragen haben sich in der rechtsdemoskopischen Praxis jedoch nicht ersichtlich durchgesetzt – vielmehr scheint die Begutachtungspraxis von einfachen Informationsabfragen dominiert zu werden.⁸² In der amerikanischen Rechtsdemoskopie sei die Verwendung von Kontrollgruppen dagegen „seit Ende der 80er Jahre [...] allgemeiner Konsens“.⁸³

76 A. Niedermann / E. Noelle, Die Bedeutung der gegabelten Befragung mit Kontrollgruppen, in Keller/Passmann/Falck (Hrsg.), FS Winfried Tilmann, Köln 2003, 857.

77 A. Niedermann, in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG-KO, 3. Aufl., München 2016, S 18 Rn. 50.

78 A. Lubberger (Fn. 23), § 41 Rn. 40.

79 BGHZ 46, 305.

80 Bspw. BGH GRUR 1987, 535 (538); OLG Nürnberg, NJOZ 2001, 2169.

81 E. Noelle-Neumann / C. Schramm, Umfrageforschung in der Rechtspraxis, Weinheim 1961, 41 ff.; H. Raffée, Verkehrsauffassung und Verbrauchererwartung aus Sicht der empirischen Marktforschung, ZLR 1991, 281 (290); C. Gerstenmaier, Umfrageforschung in der wettbewerbsrechtlichen Praxis, Wiesbaden 2003, S. 128 f.

82 Eine empirische Auswertung der verwendeten Studiendesigns liegt dem Verf. nicht vor. Wenn aber der Darstellungsumfang in der (zu großen Teilen von Angehörigen rechtsdemoskopischer Institute verfassten) Kommentarliteratur einen Rückschluss auf die Praxis zulässt, ist von einer untergeordneten Bedeutung auszugehen, vgl. die überblicksartigen Darstellungen bei A. Pflüger (Fn. 43), § 42 Rn. 152; A. Pflüger / H. Dobel (Fn. 47), § 9 Rn. 35–37; Brüning, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG-KO, 5. Aufl., München 2021, § 12 Rn. 197; H. Köhler (Fn. 16), § 12 Rn. 1.83; P. Ruess (Fn. 61), § 5 Rn. 267. Ausführlicher bei A. Niedermann (Fn. 77), S 18 Rn. 50–64 m.w.N.

83 A. Niedermann (Fn. 77), S 18 Rn. 54.

II. Erkenntnisgrenzen demoskopischer Untersuchungen im Lauterkeitsrecht

Dass die rechtsdemoskopische Praxis in Deutschland überwiegend auf beobachtende demoskopische Untersuchungen abstellt, ist aus methodologischer Perspektive zu kritisieren. Denn dies führt regelmäßig dazu, dass das mit ihr verfolgte Erkenntnisinteresse – die Verkehrsauffassung und das hypothetische Verkehrsverhalten – nicht vom Erkenntnisgehalt der Untersuchungen gedeckt ist. Bereits bei der Feststellung des Irreführungsgehalts zielt die Logik einfacher Befragungsmethoden eigentlich auf ein kausales Erkenntnisinteresse ab, das nur einen mittelbaren Schluss auf die Verkehrsauffassung gestattet (1.). Besonders prägnant ist diese Diskrepanz im Rahmen des Relevanzkriteriums („zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“), das durch beobachtende Untersuchungen grundsätzlich nicht ermittelt werden kann (2.).

1. Demoskopische Irreführungsprüfung

Die rechtsdemoskopische Praxis im Lauterkeitsrecht befasst sich vor allem mit der Ermittlung der Irreführungsgefahr geschäftlicher Handlungen. Im Rahmen der Befragung wird ermittelt, welche Vorstellungen eine bestimmte Äußerung bei Angehörigen des relevanten Verkehrskreises hervorruft.⁸⁴ Die so ermittelten Angaben werden dann anhand des objektiven Wahrheitsgehaltes bewertet: deckt sich die subjektive Wahrnehmung nicht mit der Beschaffenheit, liegt eine Irreführungsgefahr vor; deckt sie sich, besteht diese Gefahr nicht. Die sog. Irreführungsquote (das Ergebnis der Befragung) beschreibt den Anteil der befragten Personen, die die infragestehende Äußerung unrichtig auffassen.⁸⁵ Wenn also 30 % der Befragten ein Verständnis preisgeben, das sich nicht mit den objektiven Tatsachen deckt, wird der geschäftlichen Handlung eine Irreführungsquote von 30 % attestiert. Dieses Vorgehen ruft grundlegende methodische Zweifel hervor.

Einerseits lässt sich bei *jeder* Umfrage ein gewisses Maß an Irrtum oder Verwirrung feststellen – die sog. Konfusionsrate.⁸⁶ Da die Befragten

84 Zur Ermittlung dieses Verkehrskreises A. Pflüger / H. Dobel (Fn. 47), § 9 Rn. 20 – 30.

85 A. Niedermann (Fn. 77), S 18, Rn. 65.

86 E. Noelle-Neumann / C. Schramm, Umfrageforschung (Fn. 81), S. 59 f.; A. Niedermann (Fn. 77), S 18 Rn. 66 geht bei Umfragen in der Gesamtbevölkerung von einer Konfusionsrate von 5 – 10 % aus.

heterogen sind (unterschiedlichen Alters- und Berufsgruppen, unterschiedliche kommunikative und kognitive Fähigkeiten), ist es nur konsequent, dass standardisierte Fragenformulierungen zu unterschiedlichen Interpretationen führen und auch Fehlvorstellungen verursachen können. Zudem können sichtbare und nicht-sichtbare Verhaltensweisen der Interviewenden einen Einfluss auf das Antwortverhalten haben („Versuchsleitereffekt“).⁸⁷ Dies gilt insbesondere bei persönlichen Befragungen in Interviews, die bei rechtsdemoskopischen Untersuchungen den Regelfall bilden.⁸⁸ All diese Umstände wirken sich auf die gemessene Irreführungsquote aus. Sie können den Unternehmen jedoch nicht zur Last gelegt werden und sollten daher bei der lauterkeitsrechtlichen Bewertung unberücksichtigt bleiben. Zum Teil wird dem mit Forderungen nach höheren Irreführungsquoten begegnet.⁸⁹ Dieses Vorgehen lässt sich aber eher als pauschalisierte Daumenregel verstehen. Eine genauere Berechnung der auf die geschäftliche Handlung zurückgehenden Irreführung wäre dagegen mittels Kontrollgruppenbefragungen möglich: Konfusionsrate und Versuchsleitereffekte sind sowohl in der Experimental- als auch der Kontrollgruppe zu erwarten. Die Differenz der Quoten beider Gruppen würde daher eine genauere Einschätzung der Irreführungswirkung der untersuchten Angabe ermöglichen.⁹⁰

Zudem lässt sich bezweifeln, ob das Erkenntnisziel einer Irreführungsprüfung überhaupt von einer bloßen Beobachtung erfasst werden kann. Zwar lässt sich die Verkehrsauffassung grundsätzlich im Wege der Demoskopie ermitteln. Bei der Ermittlung der Irreführungsquote wird jedoch nicht lediglich beobachtend eine Meinung erhoben, sondern das Ergebnis der Auseinandersetzung mit einer konkreten Aussage erfasst. Hierfür wer-

87 Etwa, indem sie Befragten (unterbewusst) das Gefühl vermitteln, eine bestimmte Antwort sei „richtiger“, vgl. *M. Häder*, Empirische Sozialforschung, 3. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 222 ff. Beispiele bei *A. Niedermann* (Fn. 77), S 18, Rn. 63.

88 *A. Pflüger* (Fn. 43), § 42 Rn. 71 ff, 43.

89 Dies lässt sich in jüngeren BGH-Entscheidungen beobachten, scheint seine Ursache aber überwiegend in der Anpassung an das europäische Verbraucherleitbild zu haben, vgl. *O. Sosnitza* (Fn. 67), § 5 Rn. 157 f.

90 Als Beispiel OLG Nürnberg, NJOZ 2001, 2169: Hier ging es um die Frage, ob der Zusatz „am Stadtpark“ eine besonders ruhige Lage eines Hotels suggeriere. In der Experimentalgruppe („Hotel Garni am Stadtpark“) nahmen 31 % der Befragten eine besonders ruhige Lage an. Jedoch wurde dieser Eindruck auch bei 15 % der Kontrollgruppe („Hotel Garni Maier“) erweckt. Ohne Kontrollgruppe hätte man von einer Irreführungsquote von 31 % ausgehen müssen. Die eigentliche Auswirkung lag aber in der Differenz (16 %).

den Proband:innen mit einer konkreten geschäftlichen Handlung konfrontiert und nach ihrer Interpretation befragt. Damit wird aber nicht die Verkehrsauffassung im Sinne einer individuellen Ansicht oder Meinung erhoben („Wie **finden** Sie diese Aussage?“), sondern der Irreführungserfolg als Ergebnis einer geistigen Auseinandersetzung („Wie **verstehen** Sie diese Aussage?“) gemessen.⁹¹ Streng genommen geht das Erkenntnisziel der Untersuchung damit aber über eine bloße Beobachtung hinaus und untersucht den *Einfluss* einer vermeintlich irreführenden Angabe. Damit zielt die Untersuchung im Kern darauf ab, den Effekt einer Intervention zu prüfen – das Erkenntnisziel ist also ein kausales. Sodann besteht jedoch Grund zur Kritik aus methodischer Perspektive: Denn wenn die Auswirkung der Intervention nur anhand einer Experimentalgruppe ermittelt wird, ohne eine Kontrollgruppe hinzuzuziehen, fehlt es an einem neutralen Referenzpunkt zur Beurteilung des Einflusses. Es gibt keine Informationen über die Vorstellungen, die eine neutralere Angabe ohne das vermeintlich irreführende Element bei Adressat:innen hervorgerufen hätte. Ein derartiges Vorgehen kann daher dem eigentlich erforderlichen Erkenntniswert nicht gerecht werden.

Beide Kritikpunkte können adressiert werden, indem statt rein beobachtender demoskopischer Untersuchungen Kontrollgruppentests verwendet werden. Einerseits kann damit methodisch konsequent die tatsächliche (kausale) Auswirkung der infrage stehenden geschäftlichen Handlung überprüft werden. Andererseits können durch den Vergleich von Experimental- und Kontrollgruppe die nicht zu berücksichtigenden Einflüsse auf die Irreführungsquote – wie Konfusionsrate und Versuchsleitereffekte – herausgerechnet werden und somit eine präzisere Angabe über die tatsächlich verursachte Irreführung ermöglichen. Eine konsequente Berücksichtigung experimenteller Methodik sollte mithin dazu führen, im Rahmen demoskopischer Ermittlungen *stets* eine Kontrollgruppe hinzuzuziehen.⁹²

91 Das ist nicht *per se* fernliegend: Der Irreführungserfolg lässt einen Rückschluss auf die Irreführungsgefahr zu: je mehr Personen getäuscht werden, desto größer ist auch die Täuschungsgefahr. Zudem würde die Abfrage einer Selbsteinschätzung („Finden Sie diese Äußerung irreführend?“) regelmäßig ungenaue Ergebnisse erzielt, dazu so gleich.

92 So auch H. Raffée, Verkehrsauffassung und Verbrauchererwartung (Fn. 81), 281 (290). In der Tendenz zustimmend A. Niedermann (Fn. 77), S 18 Rn. 53 f.

2. Demoskopische Relevanzprüfung

Regelmäßig wird in der Rechtsprechung von dem Vorliegen einer hinreichend hohen Irreführungsquote auf die geschäftliche Relevanz der Irreführung geschlossen, sodass es hierfür keiner gesonderten Beweiserhebung bedarf.⁹³ Etwas anderes gilt, sofern begründete Zweifel an der Relevanz bestehen.⁹⁴ Eine empirische Feststellung der Relevanz entfaltet daher einerseits für Anspruchsteller:innen Bedeutung, wenn mangels hinreichend hoher Irreführungsquoten kein Rückschluss auf die geschäftliche Relevanz gestattet ist. Andererseits kann dies für Anspruchsgegner:innen hilfreich sein, um trotz hinreichend hoher Irreführung Zweifel an der geschäftlichen Relevanz zu erregen. In der rechtsdemoskopischen Praxis wird daher im Anschluss an die Ermittlung des Unwertkriteriums grundsätzlich auch deren geschäftliche Relevanz ermittelt.⁹⁵ Dies geschieht in der Regel durch die explizite Abfrage, ob die konkrete geschäftliche Handlung dazu geeignet sei, die geschäftliche Entscheidung der befragten Person zu beeinflussen, bzw. ob diese „irgendwie wichtig“ für die Kaufentscheidung sei.⁹⁶ Der BGH hat sich vermehrt zu der konkreten Formulierung dieser Fragestellung geäußert, jedoch die Ermittlung der geschäftlichen Relevanz mittels Umfragen an sich nicht infrage gestellt.⁹⁷ Dabei ist gerade die demoskopische Ermittlung des Relevanzkriteriums aus methodischer Perspektive zu kritisieren.⁹⁸ Erneut lassen sich zwei Kritikpunkte identifizieren.

Erstens wird bei der Abfrage der Bedeutung der geschäftlichen Handlung für die eigene Kaufentscheidung eine erhebliche Introspektion der angesprochenen Verbraucher:innen gefordert, die von Befragten in der Regel jedoch kaum zu leisten sein wird.⁹⁹ Konsumententscheidungen setzen sich aus einer Vielzahl verschiedener Verhaltens- und Entscheidungsmotive zusammen, die sich der bewussten Kontrolle des Individuums weitgehend

93 BGH GRUR 1981, 71 (73); GRUR 1991, 215; BGH GRUR 1991, 852 (855).

94 BGH GRUR 1993, 920 (922); BGH GRUR 1992, 70 (72).

95 Zumindest bei Proband:innen, die irreführt worden sind, vgl. A. Pflüger (Fn. 43), § 42 Rn. 142; A. Niedermann (Fn. 77), S 18 Rn. 43.

96 BGH GRUR 1987, 535 (537); BGH WRP 1998, 1002 (1005).

97 Bspw. BGH GRUR 1981, 71 (73 f.); BGH GRUR 1987, 535 (537).

98 Im Ergebnis ähnlich deutlich W. Tilmann, Die Verkehrsauffassung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, GRUR 1984, 716 (720): „Ungeeignet für Umfragen ist schließlich in aller Regel die [...] wettbewerbliche Relevanz“.

99 Dazu auch J. Kruse, Ökonomik vor Gericht (Fn. 59), S. 29 f.

entziehen.¹⁰⁰ Zahlreiche Untersuchungen der Verhaltensforschung legen nahe, dass Menschen ihr hypothetisches Verhalten oder die dafür maßgeblichen Faktoren regelmäßig nicht wahrheitsgetreu einschätzen können.¹⁰¹ Zudem kann eine unmittelbare Abfrage der Entscheidungsrelevanz erhebliche Suggestiveffekte haben.¹⁰² Die von der demoskopischen Abfrage der geschäftlichen Relevanz hervorgebrachten Ergebnisse sind daher potenziell kaum aussagekräftig. Diese Einwände haben sowohl bei einer direkten Abfrage („*Hat das Merkmal zur Kaufentscheidung beigetragen?*“) als auch bei einer indirekten Abfrage („*Ist das Merkmal für Sie wichtig?*“) Bestand.

Daneben besteht ein zweiter Kritikpunkt, der in der rechtlichen Literatur bisher keine ersichtliche Aufmerksamkeit gefunden hat: Die Befragung als empirisches Werkzeug eignet sich schon vom methodischen Ansatz her nicht zur Ermittlung des hypothetischen Verkehrsverhaltens. Denn als beschreibende Studienform werden hiermit nur Meinungsbilder sichtbar gemacht. Das Relevanzkriterium ist aber – ganz explizit – eine Frage nach dem Kontrafaktischen: Ob die Geschäftshandlung „zu einer geschäftlichen Entscheidung“ veranlasst, die „andernfalls nicht getroffen“ worden wäre, erfordert letztlich die Einschätzung eines hypothetischen Kausalverlaufes. Will man diese Einschätzung auf empirischen Erkenntnissen basieren, kommen nur kausale Studien in Betracht. Denn in der realen Welt kann für jedes Individuum nur *einmal* das Verhalten in einer konkreten Situation wahrgenommen werden. Wie sich dessen Entscheidung in einer hypothetischen Alternativsituation gestaltet hätte, entzieht sich logischerweise dem Bereich des Beobachtbaren und kann daher im Wege der Beschreibung schlicht nicht ermittelt werden. In der Ökonometrie spricht man in diesem Zusammenhang vom „Fundamentalproblem kausaler Inferenz“.¹⁰³ Um auf dieses Problem zu reagieren, müssten Untersuchungen mit kausalem Erkenntnisinteresse eine „Identifikationsstrategie“ verfolgen. Zwar gibt es auch Identifikationsstrategien, die aus Beobachtungsdaten kausale Inferenz-

100 M. Schmidt, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9 Aufl., Köln 2021, Kap. 27 Rn. 31 m.w.N.

101 Grundlegend R. Peterson / R. Kerin, The Quality of Self-reported Data, Review of Marketing 1981, 5.; R. Fischer / J. Katz, Social-Desirability Bias and the Validity of Self-Reported Values, Psychology & Marketing 2000, 105.

102 Sinngemäß, wenn auch auf die konkrete Formulierung abstellend, BGH GRUR 1981, 71 (73 f.).

103 Grundlegend D. Rubin, Estimating Causal Effects of Treatments in Randomized and Nonrandomized Studies, Journal of Educational Psychology 1974, 688.

ziehung zulassen;¹⁰⁴ im Kontext des Relevanzkriteriums kommt jedoch vor allem eine Identifikation anhand experimenteller Studien in Betracht, da es regelmäßig an Beobachtungsdaten für alternative Geschäftspraktiken fehlt. Eine methodisch konsequente empirische Ermittlung des Relevanzkriteriums müsste daher auf randomisierte Kontrollgruppenstudien abstellen (dazu sogleich), welche Verbraucherverhalten vergleichen. Damit ließe sich das Erkenntnisziel der probabilistischen Wahrscheinlichkeit hypothetischer Kausalverläufe überhaupt erst ermitteln.

Auch der (fehleranfälligen) Selbsteinschätzung von Proband:innen bedarf es dann nicht mehr. Die Auswirkung auf geschäftliche Entscheidungen lässt sich experimentell offenlegen, ohne dass es die Aufdeckung der individuellen Entscheidungsprozesse voraussetzt. Im Rahmen des Relevanzkriteriums geht es nicht um die *Verkehrsauffassung* über die potenzielle Relevanz, sondern um das hypothetische *Verkehrsverhalten*. Um diesem Problem methodisch konsequent zu begegnen, müssten experimentelle Kontrollgruppenstudien durchgeführt werden, die das Verhalten der Proband:innen vergleichen. Im weiteren Verlauf soll daher untersucht werden, inwieweit experimentelle Erkenntniswerkzeuge zur Ermittlung des Relevanzkriteriums in der praktischen Rechtstatsachenforschung fruchtbar gemacht werden können.

C. Ergänzung des Methodenkanons rechtspraktischer Tatsachenforschung

Um darzulegen, wie experimentelle Tatsachenforschung im Rahmen der Ermittlung des Relevanzkriteriums berücksichtigt werden kann, sollen zunächst die zugrunde liegenden Erkenntnisstrategien randomisierter Kontrollgruppenstudien Darstellung finden (I.). Im Anschluss wird erklärt, wie Ergebnisse dieser Studienformen zur Beurteilung der Relevanz beachtet werden können (II.). Es lassen sich Einwände gegen den Vorschlag antizipieren, die es zu adressieren gilt (III.). Schließlich wird kurz auf die besondere Eignung des experimentellen Ermittlungsansatzes im Kontext digitaler Geschäftspraktiken eingegangen (IV.).

104 Zugängliche Einleitung bei J. Angrist / J.-S. Pischke, *Mostly Harmless Econometrics*, Princeton 2009; ausführlich L. von Auer, *Ökonometrie*, 6. Aufl., Heidelberg 2013.

I. Die Logik randomisierter Kontrollgruppenstudien¹⁰⁵

Unter den Strategien zur Ermittlung kausaler Wirkungszusammenhänge gilt die randomisierte Kontrollgruppenstudie als „Goldstandard“.¹⁰⁶ Dabei werden Teilnehmer:innen zufällig („randomisiert“) in mindestens zwei Gruppen eingeteilt, wodurch Selektionseffekte vermieden werden. Eine Gruppe, die Kontrollgruppe, gilt als Ausgangspunkt; die andere Experimentalgruppe, erfährt eine Intervention. Abgesehen von dieser Intervention müssen die Umstände in der Kontroll- und Experimentalgruppe gleich sein („*ceteris paribus*“-Annahme). Sofern sich zwischen den beiden Gruppen eine statistisch signifikante¹⁰⁷ Abweichung im Verhalten beobachten lässt, kann innerhalb dieses Forschungsdesigns mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass eine solche Abweichung *kausal* von der Intervention verursacht wurde.

Regelmäßig werden derartige Studien in einem Verhaltenslabor vorgenommen, um den Entscheidungskontext so neutral wie möglich zu halten. Solche Laborexperimente zeichnen sich durch ein erhöhtes Maß an Abstraktion aus. Statt sich auf eine konkrete Entscheidungssituation zu konzentrieren, wird menschliches Entscheidungsverhalten in einem möglichst neutralen Umfeld untersucht, um externe Einflüsse (sog. Störvariablen) so gering wie möglich zu halten. Kehrseite dieses Vorgehens ist, dass die künstlichen Situationen regelmäßig Zweifel an der Übertragbarkeit auf tatsächliche Lebenssachverhalte hervorrufen.¹⁰⁸ Damit eignet sich dieses Verfahren also vor allem für die Überprüfung von Verhaltenstheorien: Wenn eine bestimmte Intervention bereits in einem neutralen Umfeld nicht die vorhergesagte Wirkung entfaltet, so wird sie dies erst recht nicht in einer konkreten Lebenssituation tun, in der zusätzliche Einflussquellen vorliegen.

105 Hier kann lediglich ein Überblick über die zugrundeliegende *ratio* des Erkenntniswerkzeuges vermittelt werden. Detailliertere Darstellung der Einzelheiten bei N. Döring / J. Bortz, *Forschungsmethoden* (Fn. 41), S. 205 ff. Einleitung für Jurist:innen bei K. Chatziathanasiou / M. Leszcynska, *Experimentelle Ökonomik und Recht*, RW 2017, 314 (317).

106 Siehe nur L. Bothwell / J. Greene / S. Podolsky / D. Jones, *Assessing the Gold Standard – Lessons from the History of RCTs*, in *New England Journal of Medicine* 2016, 21275.

107 Zur Signifikanz unter C.II.

108 Aus juristischer Perspektive bspw. H. Fleischer / U. Schmolke / D. Zimmer, *Verhaltensökonomik als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht*, in Fleischer/Zimmer, *Beträge der Verhaltensökonomie*, Frankfurt a.M. 2011, S. 1 (45 f.).

Randomisierte Kontrollgruppentests lassen sich jedoch auch außerhalb des Labors vornehmen, beispielsweise in sog. Feldexperimenten.¹⁰⁹ Hier wird das Verhalten bestimmter Individuen in der tatsächlichen Lebenswelt untersucht – die so ermittelten Befunde lassen sich einfacher auf das Verhalten in der echten Welt übertragen. Für die Durchführung eines Feldexperimentes wird ein Teil der Bevölkerung einer Intervention ausgesetzt, ein anderer jedoch nicht. In der Regel ist den Versuchspersonen dabei nicht bewusst, dass sie an einem Experiment teilnehmen; es handelt sich um „echte Beobachtungen“ im „echten Leben“. Hier fällt es jedoch schwerer, für potenzielle Störvariablen zu kontrollieren. Zudem muss „Spillover“-Effekten vorgebeugt werden: Es könnte das beobachtete Verhalten verfälschen, wenn Mitglieder der Kontrollgruppe erfahren, dass eine Experimentalgruppe existiert, die anders behandelt wird (und *vice versa*). In der Regel erfordern Feldexperimente einen besonders hohen zeitlichen und finanziellen Aufwand.¹¹⁰ Weniger aufwändig sind Feldexperimente jedoch im digitalen Kontext, beispielsweise wenn unterschiedlichen Nutzern einer Internetseite abweichende Nutzungsoberflächen angezeigt werden (dazu unter IV.)

Dabei lassen sich Laborexperimente (maximale Kontrolle) und Feldexperimente (maximale Übertragbarkeit) als zwei Enden eines Spektrums verstehen, in dem mehrere Zwischenstufen existieren. Die unterschiedlichen Ausgestaltungsformen haben jeweils eigene Vor- und Nachteile und sind je nach der konkreten Forschungsfrage auszuwählen.¹¹¹ Als Ergebnis produzieren randomisierte Kontrollstudien eine Einschätzung über den *durchschnittlichen* kausalen Effekt einer Intervention. Unter bestimmten Voraussetzungen lassen sich die so gewonnen Erkenntnisse auf die Gesamtbevölkerung ausdehnen.¹¹² Von statistischem Interesse ist dabei regelmäßig die Differenz der Durchschnittswerte zwischen Kontroll- und Experimentalgruppe: Treffen beispielsweise 20 % der Kontrollgruppe eine bestimmte Entscheidung, die in der Experimentalgruppe zu 70 % getroffen wird, liegt

109 J. Weimann / J. Brosig-Koch, Einführung in die experimentelle Wirtschaftsforschung, Berlin 2019, S. 33 f., 37.

110 S. Levitt / J. List, Field Experiments in Economics, European Economic Review 2009, 1 – 18.

111 J. List / S. Sadoff / M. Wagner, So you want to run an experiment, now what?, Experimental Economics 2011, 439.

112 Dies erfordert eine repräsentative Stichprobe, Generalisierbarkeit des experimentellen Umfelds, Robustheit und Konsistenz der Ergebnisse und die Kontrolle für mögliche Störvariablen, vgl. N. Jacquemet / O. L'Haridon, Experimental Economics, Cambridge 2018, S. 243 ff.

der kausale Effekt in der Erhöhung ebendieser Entscheidungsfindung um 50 %-Punkte.¹¹³

Damit soll deutlich werden, dass das Kausalitätsverständnis der Sozialforschung ein probabilistisches ist. Es werden Wahrscheinlichkeitsangaben ermittelt, inwieweit sich ein Einfluss auf das Verhalten auswirkt. Damit unterscheidet dieses sich vom deterministischen Kausalitätsverständnis im Sinne einer *Conditio-sine-qua-non*-Formel.¹¹⁴ Zum Nachweis einer solchen Einzelfallkausalität eignen sich empirische Studien daher nicht unmittelbar; sie können allenfalls für die Bildung von Erfahrungssätzen in der rechtlichen Entscheidungspraxis herangezogen werden.¹¹⁵

II. Verwendung zur Ermittlung des Relevanzkriteriums

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, warum die experimentelle Untersuchung geschäftlicher Handlungen im Kontext des Relevanzkriteriums besonders geeignet ist. Denn auch hier wird im Kern nach einem probabilistischen Kausalitätsverständnis gefragt. Entscheidend ist nicht der Einzelfall, sondern inwieweit die geschäftliche Handlung das Entscheidungsverhalten der Marktgegenseite im Allgemeinen beeinflussen kann. Die Ergebnisse experimenteller Kausalitätsforschung liefern genau diesen Einblick, indem sie eine probabilistische Einschätzung der Auswirkung einer Intervention auf die untersuchte Gesamtbevölkerung erlauben. Aus erkenntnistheoretischer Perspektive wären sie daher das passende Werkzeug zur Ermittlung des Relevanzkriteriums.

Sodann stellt sich die Frage, wie sich solche Ergebnisse im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung berücksichtigen ließen. Die Ergebnisse solcher Untersuchungen bestehen, vereinfacht formuliert, aus Effektgrößen und deren Signifikanz.¹¹⁶ Die Effektgröße bezeichnet den Unterschied im

113 Darauf basierend kann die genaue Effektstärke berechnet werden. Deren Ermittlung hängt vom konkreten Studiendesign ab, vgl. *N. Jacquemet / O. L'Haridon*, *Experimental Economics*, Cambridge 2018, S. 59 ff. Verbreitet ist z.B. die Darstellung durch *Cohen's d*, vgl. Fn. 122.

114 Vertiefend *F. Schauer / B. Spellmann*, *Probabilistic Causation in the Law*, in: *Engel/Schweitzer* (Hrsg.), *Causality in the Law and in the Social Sciences*, 4 (6–9).

115 *B. Beutel*, *Möglichkeiten und Grenzen von Erfahrungssätzen*, WRP 2017, 513 (517 f.). Zur Berücksichtigung experimenteller Erkenntnisse im Lauterkeitsrecht allgemein *M. Leistner*, *Behavioral Economics und Lauterkeitsrecht*, ZGE 2009, 3 (31 ff.).

116 *J. Weimann / J. Brosig-Koch*, *Experimentelle Wirtschaftsforschung* (Fn. 109), S. 254 ff.

beobachteten Verhalten zwischen Kontroll- und der Experimentalgruppe. Die Signifikanz bezeichnet das Maß an Sicherheit, mit der ein beobachteter Effekt nicht auf einer zufälligen Datenvariation beruht und sich somit auf die repräsentierte Grundgesamtheit verallgemeinern lässt. Sofern keine methodischen Bedenken hinsichtlich der Durchführung bestehen und eine hinreichende Signifikanz vorliegt,¹¹⁷ kann die entscheidende Richterin die ermittelte Effektgröße heranziehen, um zu beurteilen, ob eine geschäftliche Relevanz der untersuchten Einflussnahme vorliegt. Zwar bestehen bei jedem signifikanten Ergebnis Anzeichen dafür, dass die geschäftliche Handlung das Verhalten der Marktgegenseite beeinflusst. Hinsichtlich der juristischen Bewertung sollte jedoch zwischen drei Bereichen von Effektgrößen unterschieden werden.

Theoretisch denkbar, wenn auch praktisch unwahrscheinlich, wäre die Ermittlung eines negativen Effekts (< 0). Dies würde bedeuten, dass die untersuchte Intervention die Wahrscheinlichkeit des beobachteten Verhaltens verringert. Untersucht man den Einfluss einer geschäftlichen Handlung auf die Kaufentscheidung, würde diese bedeuten, dass das Verhalten des Unternehmers dazu führt, dass *weniger* Adressat:innen einen Kauf abschließen. Zwar beinhaltet auch dies im Ergebnis eine Eignung, den Verbraucher zu einer „Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“ (denn auch das Ablassen vom Kauf ist eine geschäftliche Entscheidung). Im Lichte des Schutzzweckes des Lauterkeitsrechts sollte dies jedoch nicht die in §§ 8 ff. UWG normierten Rechtsfolgen nach sich ziehen dürfen.¹¹⁸

Daneben muss notwendigerweise zwischen hinreichend großen und kleineren Effektgrößen differenziert werden. Zwar bedeutet auch ein sehr kleiner Effekt, dass die adressierte Population von der Handlung „zu einer geschäftlichen Entscheidung“ veranlasst wird. Allerdings gebietet es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass nicht jede noch so kleine Einflussnahme zur Feststellung der Unlauterkeit führen kann. Denn wenn eine geschäftliche Handlung zwar einen erheblichen Anteil der Adressat:innen in die Irre führt, dies jedoch zu einer kaum spürbaren Veränderung des Marktverhaltens führt, ist der Unrechtsgehalt der hier untersuchten lauterkeitsrechtlichen Verbotsnormen gerade nicht erfüllt.¹¹⁹ Das gilt insbesondere deshalb, weil sich durch die Erhöhung der Stichprobengröße auch die

117 In der empirischen Sozialforschung hat sich ein Signifikanzniveau von 5 % als Konvention weitestgehend etabliert.

118 Ähnlich im Kontext der Irreführung *P. Ruess* (Fn. 61), § 5 Rn. 218 f.

119 *J. Bornkamm, / J. Feddersen* (Fn. 57), § 5 Rn. 0.8 f.

Wahrscheinlichkeit erhöht, ein statistisch signifikantes Ergebnis zu erzielen.¹²⁰ Bei einem statistisch signifikanten aber nicht hinreichend großem Effekt wäre die geschäftliche Relevanz damit abzulehnen.

Nur bei einem statistisch signifikanten Effekt in hinreichender Größe kann angenommen werden, dass das Marktverhalten durch die geschäftliche Handlung spürbar beeinflusst wird und sich der Unrechtsgehalt der lauterkeitsrechtlichen Normen erfüllt. Die Festlegung einer starren Grenze verbietet sich dabei: es kommt grundsätzlich auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Dies liegt insbesondere daran, dass sich die Eignung zur Marktbeeinträchtigung erst in der Gesamtbetrachtung mit dem festgestellten Unwertkriterium ergibt: bei einer hohen Irreführungsquote (i.e.: die relative Anzahl getäuschter Verbraucher) würde schon ein kleiner Effekt (i.e.: die Wahrscheinlichkeit der Verhaltensänderung) zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Marktverhaltens führen.

Da aber die geschäftliche Relevanz bei hohen Irreführungsquoten ohnehin vermutet wird,¹²¹ wäre ein empirischer Nachweis vor allem dann von Bedeutung, wenn eine niedrigere Irreführungsquote vorliegt. Hier dürfte eine höhere Effektgröße erforderlich sein. Wenn nur eine geringe Anzahl von Adressat:innen getäuscht wird, müssten diese überwiegend zu einer geschäftlichen Handlung veranlasst werden, um das Verkehrsverhalten spürbar zu beeinträchtigen. Einen anfänglichen Richtwert könnten dabei die in der empirischen Sozialforschung konventionell etablierten Bewertungen der Effektgröße darstellen.¹²²

Zur Klarstellung sei hier noch erwähnt, dass dies eine demoskopische Ermittlung des Unwertkriteriums nicht ersetzt. Denn die geschäftliche Relevanz erfordert gerade eine Veränderung des Verhaltens *infolge* der irreführenden Handlung. Auch bei der umfragebasierten Ermittlung des Relevanzkriteriums wird deswegen nur auf diejenigen Proband:innen abgestellt, die zuvor eine unzutreffende Vorstellung äußerten.¹²³ Daher sollte auch im Rahmen der experimentellen Ermittlung des Relevanzkriteriums

120 Nicht zuletzt deshalb ist *a priori* eine Teststärkenberechnung (power calculation) durchzuführen, vgl. N. Döring / J. Bortz, Forschungsmethoden (Fn. 41), S. 105.

121 BGH GRUR 1993, 920 (922). Dieser Rückschluss lässt sich indes durchaus kritisieren; Irreführung und Relevanz stellen inhaltlich unterschiedliche Fragen dar.

122 Bspw. *Cohen's d*, das insbesondere für t-Tests verwendet wird (Differenz der Mittelwerte geteilt durch die gemeinsame Standardabweichung). Dabei wird ein Wert von 0,5 bis 0,8 als mittlerer und ein Wert von über 0,8 als starker Effekt anerkannt. Zurückgehend auf J. Cohen, *Statistical Power Analysis for the Behavioral Sciences*, 2. Aufl., New Jersey 1988, S. 8 ff.

123 BGH GRUR 1995, 354 (357); OLG Köln MD 1998, 1269 (1273).

erhoben werden, ob die Proband:innen einer Fehlvorstellung unterliegen. Denn andernfalls ließe sich nicht darlegen, dass gerade die irregeführten Adressat:innen auch diejenigen sind, die ihr Verhalten verändert haben. Eine solche Ermittlung kann im Anschluss an die experimentelle Untersuchung mittels eines Fragebogens erfolgen.

III. Einwände

Hinsichtlich des Untersuchungsgegenstandes (tatsächliches Entscheidungsverhalten) und des Erkenntnisziels (probabilistische Kausalitätseinschätzung) eignen sich experimentelle Untersuchungen also konzeptionell und methodisch besonders gut zum Nachweis lauterkeitsrechtlicher Relevanzkriterien. Das soll jedoch mitnichten bedeuten, dass diese Ermittlungsform auch in jeder Konstellation geeignet ist oder gar zwingend herangezogen werden sollte. Zwar verfangen die hier zu erwartenden rechtstheoretischen Einwände nicht ohne weiteres (1.), jedoch gibt es überzeugende rechtspraktische Einwände (2.).

1. Rechtstheoretische Einwände

Da zum Teil bereits die Zulässigkeit demoskopischer Beweismittel infrage gestellt wird, lassen sich vergleichbare Einwände auch gegenüber der Heranziehung experimenteller Untersuchungen antizipieren. Ähnlich den Vorbehalten zur Demoskopie¹²⁴ ließe sich auch im Rahmen des Relevanzkriteriums die Ansicht vertreten, es handele sich um eine reine Rechtsfrage, deren Beurteilung allein auf einer individuell-normativen Einschätzung der Tatrichter:innen beruhe.¹²⁵ Eine empirische Ermittlung des Verhaltens widerspreche dem europäisch determinierten Leitbild des „Durchschnittsverbrauchers“ (ErwGr. 18 UGP-RL). Hierfür wird regelmäßig auf die „Purely Creative“-Entscheidung des EuGH hingewiesen, nach der sich nationale Gerichte „bei der Beurteilung der Frage, wie der Durchschnittsverbraucher in einem gegebenen Fall typischerweise reagieren würde, auf ihre eigene Urteilsfähigkeit verlassen“ müssen.¹²⁶

124 Oben, A.III.

125 So z.B. G. Dreyer (Fn. 23), § 5 Rn. 349.

126 EuGH GRUR 2012, 1269 Rn. 53.

Dass es letztlich einer normativen Entscheidung bedarf, soll hier nicht infrage gestellt werden. Vorschlag dieser Untersuchung ist nicht, diese normative Entscheidung durch experimentelle Untersuchungen zu *ersetzen*. Dies wäre schon nicht in allen Konstellationen zweckmäßig oder überhaupt möglich (dazu 2.). Jedoch können empirische Erkenntnisse in bestimmten Konstellationen *ergänzend* herangezogen werden, um Tatrichter:innen in ihrer Entscheidung zu unterstützen. Im Kontext der Demoskopie wird dies vor allem dann befürwortet, wenn Kernaussagen zur Unternehmensleistung angegriffen werden¹²⁷ oder Tatrichter:innen sich nicht zum angesprochenen Verkehrskreis zählen¹²⁸ und sich eine verallgemeinerungsfähige Einschätzung der Verkehrsauffassung wegen mangelnder Spezialkenntnisse nicht zutrauen. In all diesen Konstellationen ließe sich auch eine experimentelle Ermittlung des hypothetischen Verbraucherverhaltens befürworten. Wenn das angegriffene geschäftliche Verhalten zum Kerngeschäft des Unternehmens gehört und dessen Verbot erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen nach sich zögen, kann es durchaus angemessen sein, empirische Grundlagen ergänzend heranzuziehen. Ebenfalls wird es Tatrichter:innen, die selbst nicht zum Adressatenkreis gehören und keine einschlägige berufliche Spezialkenntnis haben regelmäßig schwerfallen, das hypothetische Verhalten der Marktgegenseite einzuschätzen. In solchen Konstellationen bliebe allein die Spekulation über das Verkehrsverhalten; sodann sollte die Heranziehung experimenteller Studien als belastbarere Alternative nicht nur möglich, sondern geboten sein.

Wie bereits im Rahmen der Demoskopie dargestellt (A.III.), widerspräche dies auch nicht europarechtlichen Vorgaben. Die Rechtsprechung des EuGH lässt sich so verstehen, dass eine empirische Ermittlung die normative Beurteilung der Tatrichter:innen zwar nicht ablösen soll, eine ergänzende Heranziehung aber grundsätzlich möglich sei. Zwar spricht der EuGH in diesem Zusammenhang explizit nur von „Sachverständigengutachten [...] oder [...] Verbraucherbefragungen.“¹²⁹ Jedoch ist nicht ersichtlich, warum für die Heranziehung eines anderen – methodisch besser geeigneten – empirischen Werkzeugs strengere Maßstäbe gelten sollten. Da der BGH auch die Heranziehung demoskopischer Untersuchungen gestattet, wäre eine Zulässigkeit experimenteller Untersuchungsmethoden daher nur konsequent.

127 A. Lubberger (Fn. 23), § 41 Rn. 30.

128 BGH GRUR 2002, 550 (552); jünger auch BGH GRUR-RR 2014, 201 (205).

129 EuGH GRUR Int 1998, 795 Rn. 35, Hervorhebungen vom Verf.

2. Rechtspraktische Einwände

Weitere Einwände lassen sich aus rechtspraktischer Perspektive erwarten. Bereits im Zusammenhang mit demoskopischen Untersuchungen wird darauf hingewiesen, dass diese wegen des finanziellen und zeitlichen Aufwands regelmäßig nicht prozessökonomisch seien.¹³⁰ Damit kommen demoskopische Untersuchungen vor allem für Hauptsacheverfahren mit höheren Streitwerten in Betracht. Jedoch können auch zur Glaubhaftmachung im einstweiligen Rechtsschutz (der im Lauterkeitsrecht traditionell eine große Rolle spielt) „Blitzumfragen“ herangezogen werden, deren Erstellung bis zu zwei Wochen beansprucht.¹³¹ Nichtsdestotrotz wird die Einholung eines demoskopischen Gutachtens insbesondere in kleineren Wettbewerbsfällen für die beteiligten Parteien wegen der damit verbundenen Kosten regelmäßig nicht prozessökonomisch sein.¹³²

Diese Einwände sind grundsätzlich anzuerkennen und gelten erst recht im Zusammenhang mit experimentellen Studien, die hier als fallbasierte Untersuchungen konkreter Geschäftspraktiken diskutiert wird. In einem Laborexperiment, in dem es gerade um die Neutralisierung der Entscheidungsumgebung und um die Abstraktion der Befunde geht, kann dies in aller Regel bereits nicht erreicht werden. Zwar können die so ermittelten abstrakten Verhaltenserkenntnisse im Wege von Erfahrungssätzen berücksichtigt werden. Ein Verhaltensexperiment in neutralem Umfeld kann jedoch keine unmittelbaren Aussagen über die geschäftliche Relevanz einer konkreten Geschäftspraktik ermöglichen, da die Umstände der individuellen Entscheidungssituation bewusst ausgeklammert werden.

Will man aber die reale Entscheidungssituation unmittelbar berücksichtigen, bedarf es der Durchführung eines Feldexperiments. Nur hier lässt sich das Verbraucherverhalten in der tatsächlichen Entscheidungssituation beobachten, so wie es vom Relevanzkriterium gerade erfordert wird. Feldexperimente verursachen jedoch regelmäßig einen besonders großen zeitlichen und finanziellen Aufwand, sodass sie regelmäßig kaum für einzelne Gerichtsverfahren realisierbar sind. Will man auf diesem Weg die kausale Auswirkung einer geschäftlichen Handlung überprüfen, müsste eine kon-

130 Demoskopische Untersuchungen kosten i.d.R. 15.000 bis 50.000 EUR und erfordern eine Dauer von 6 Wochen bis zu mehreren Monaten, vgl. A. Pflüger (Fn. 43), § 42 Rn. 6–8; A. Niedermann (Fn. 77), S 18 Rn. 16.

131 Ebenda.

132 A. Lubberger (Fn. 23), § 41 Rn. 30.

krete Entscheidungssituation einmal mit und einmal ohne die infrage stehende Geschäftspraktik nachgebildet werden. Geht es beispielsweise um die Frage, ob der Aufdruck einer italienischen Flagge auf einer Brotverpackung geschäftliche Relevanz entfaltet,¹³³ so könnte der Artikel in zufällig ausgewählten Filialen durch eine Verpackung ohne diesen Aufdruck ersetzt werden. Durch den Vergleich der Absatzvolumina zwischen „Experimentalfilialen“ und den „Kontrollfilialen“ (in denen das Produkt weiter mit Italienflagge angeboten würde) ließe sich die Auswirkung dieses Elements auf die geschäftliche Entscheidung ermitteln. Sodann müssten Kund:innen nach Kaufabschluss im Rahmen einer demoskopischen Befragung zu ihren Vorstellungen hinsichtlich der Herkunft des Produkts befragt werden, um festzustellen, ob auch eine Irreführung vorlag.

Der mit einem solchen Vorgehen verbundene Aufwand wird jedoch regelmäßig außerhalb des prozessökonomisch Möglichen liegen. Zudem ließen sich potenzielle Störvariablen und „Spillover“-Effekte hier nur schwer ausschließen: Kund:innen können das Produkt bereits vor dieser Anpassung in der Originalfassung wahrgenommen haben oder andernorts mit einer Werbung mit Italienbezug konfrontiert worden sein. Ein solches Vorgehen verspräche daher trotz erheblichen Aufwands nicht zwingend eindeutige Ergebnisse. Regelmäßig wird eine experimentelle Ermittlung des Relevanzkriteriums in der analogen Welt daher aus methodischen und prozessökonomischen Gründen nicht in Betracht kommen.

IV. Ausblick: Digitale Geschäftspraktiken als geeigneter Anwendungsfall

Etwas anderes gilt jedoch für digitale Geschäftspraktiken, insbesondere die Gestaltung von Nutzungsoberflächen. Diese eignen sich besonders gut zur Durchführung einzelfallbasierter Feldexperimente. Denn die grafischen Benutzeroberflächen, mit denen die Nutzer:innen sich konfrontiert sehen, können ohne großen Aufwand angepasst und auf Zufallsbasis angezeigt werden. Damit ließe sich – im Sinne eines „echten“ Feldexperimentes – das tatsächliche Verbraucherverhalten in Reaktion auf die konkrete Gestaltungspraktik beobachten und mit einer Kontrollgruppe vergleichen. Beispielsweise könnte die Website einmal mit und einmal ohne ein vermeintlich irreführendes Informationselement angezeigt oder mit und ohne einem

133 Entfernte Anlehnung an BGH GRUR 2016, 406.

vermeintlich aggressiven Pop-Up Fenster. Bei der in Reaktion darauf zu beobachtenden Systeminteraktion ist zu berücksichtigen, dass der BGH den Begriff der geschäftlichen Entscheidung weit auslegt: Bereits das Klicken auf bestimmte Elemente einer Website zur weiteren Informationseinholung über ein Produkt wird als geschäftliche Entscheidung eingestuft.¹³⁴ In diesem Kontext könnte der experimentelle Ermittlungsansatz also einen veritablen Erkenntnisvorteil für rechtlich relevantes Adressatenverhalten ermöglichen, ohne einen unvertretbaren Ermittlungsaufwand zu verursachen.

Erkennbar liegt die Möglichkeit, solche Untersuchungen durchzuführen, vor allem bei den Unternehmen, die die konkret angegriffenen Gestaltungsformen verwenden. Diesen wird es leichtfallen, auf ihrer eigenen Website eine randomisierte Kontrollstudie über die Auswirkung der Oberflächengestaltung vorzunehmen. Die Anspruchsinhaberin wird hierzu regelmäßig nicht ohne weiteres in der Lage sein, da sie keinen Zugriff auf die Oberflächengestaltung der Anspruchsgegnerin hat. Die Simulation der entsprechenden Entscheidungssituation in einem Laborkontext wäre nur mittelbar (als Erfahrungssatz) aufschlussreich, da sie nicht im konkreten Entscheidungsumfeld erfolgen.

Zudem lässt sich davon ausgehen, dass viele Unternehmen ohnehin bereits genauere Kenntnisse über der Auswirkungen ihrer Designelemente besitzen, weil sie derartige Feldexperimente bereits vorgenommen haben: Im Bereich des digitalen Marketings entspricht es der gängigen Praxis, vor maßgeblichen Anpassungen des Designs sog. A/B-Tests durchzuführen.¹³⁵ Dabei werden Nutzer:innen (in der Regel basierend auf randomisierter Zuteilung) mit unterschiedlichen Oberflächengestaltungen konfrontiert und ihr Verhalten wird im Hinblick auf eine relevante Zielmetrik ausgewertet, wie der Rate weiterführender Klicks, der Verweildauer auf der Website oder der Anzahl von Vertragsabschlüssen.¹³⁶

Die für die Beurteilung des Relevanzkriteriums entscheidungserheblichen Informationen liegen den Unternehmen daher regelmäßig bereits vor oder können mit vertretbarem Aufwand erhoben werden. Daher wird eine Beweiserbringung der Anspruchsgegnerin leichter fallen als der Anspruchstellerin. Vor diesem Hintergrund scheint zumindest eine sekundäre Darle-

¹³⁴ BGH GRUR 2019, 746 Rn. 29.

¹³⁵ M. Witzlenleiter, Quick Guide A/B-Testing, Wiesbaden 2021, S. 2 f.

¹³⁶ Überblick und weitere Zielmetriken bei F. Casalegno, A/B Testing: A Complete Guide to Statistical Testing, 2021, abrufbar auf www.towardsdatascience.com.

gungslast geboten.¹³⁷ Es überrascht daher kaum, dass sich zunehmend auch Stimmen für eine Beweislastumkehr in digitalen Lauterkeitsfällen aussprechen.¹³⁸

Dabei kommt insbesondere dem Bereich digitaler Geschäftspraktiken absehbar eine wachsende Bedeutung zu. Die wirtschaftliche Tragweite digitaler Interaktionen ist im Bereich von Privattransaktionen in den letzten Jahren erheblich gestiegen.¹³⁹ Unter Stichworten wie „Dark Patterns“,¹⁴⁰ „Behavioral Microtargeting“¹⁴¹ und „Digitale Manipulation“¹⁴² erfahren unlautere Geschäftspraktiken im digitalen Bereich jüngst gesteigerte Aufmerksamkeit. Gerade in diesem Bereich können experimentelle Untersuchungen ein hilfreiches Instrument darstellen, um juristische Entscheidungen mit realisierbaren und methodisch validen empirischen Befunden zu unterstützen.

D. Zusammenfassung

Die rechtspraktische Tatsachenforschung befasst sich mit der empirischen Ermittlung von Lebenssachverhalten, die in konkreten Rechtsstreitigkeiten von entscheidungserheblicher Bedeutung sind. Im Lauterkeitsrecht hat dieses Vorgehen Tradition: Vor allem im Rahmen der Irreführungsprüfung (§§ 5, 5a UWG) findet die Ermittlung der maßgeblichen Verkehrsauffassung regelmäßig demoskopisch, also anhand von Meinungsumfragen, statt. Daran hat sich auch durch die europäische Determinierung des „durchschnittlichen Verbrauchers“ nichts geändert. Zwar ist dieses Leitbild grundsätzlich normativ zu ermitteln; regelmäßig scheint die zusätzliche Heran-

137 Vgl. bereits für die analoge Geschäftswelt H. Köhler, Zur „geschäftlichen Relevanz“, WRP 2014, 259 (261 f.).

138 Vgl. N. Helberger / O. Lynkey / HW. Micklitz / et al., EU Consumer Protection 2.0, 2021 (75 ff., 109, 118), abrufbar auf annualreport.beuc.eu; F. Esposito / TMC. Ferreira, Addictive Design as an Unfair Commercial Practice, European Journal of Risk Regulation 2024, 1 (10).

139 Das Nettovolumen digitaler Kaufumsätze betrug 2009 noch 15,6 Mrd., 2021 bereits 86,7 Mrd. EUR, Institut für Handelsforschung Köln, Online Monitor 2023, S. 6, abrufbar unter www.einzelhandel.de.

140 Q. Weinzierl, Dark Patterns als Herausforderung für das Recht, NVwZ – Extra 2020, 1; M. Martini / I. Kramme / P. Seeliger, „Nur noch 30 Minuten verfügbar“, VuR 2022, 123.

141 M. Ebers, Beeinflussung und Manipulation von Kunden, MMR 2018, 423.

142 M. Dengä, Digitale Manipulation und Privatautonomie, ZfDR 2022, 229.

ziehung empirischer Befunde zur richterlichen Entscheidungsfindung jedoch geboten.

Dies verdient im Ansatz Zustimmung, bietet in der Durchführung aber auch Anlass zur Kritik: Einerseits wäre es methodisch konsequenter, bereits im Rahmen der Irreführungsprüfung grundsätzlich eine Kontrollgruppe heranzuziehen, um die irreführende Wirkung präziser offenzulegen. Zudem wird auch das Relevanzkriterium regelmäßig im Wege der Befragung ermittelt. Inhaltlich stellt dieses Kriterium jedoch auf eine probabilistische Einschätzung der Beeinflussung des Verkehrsverhaltens ab; als Frage nach dem Kontrafaktischen lässt sich dies nicht allein im Wege von Beobachtungen beantworten, sondern bedarf aus methodischer Sicht einer experimentellen Ermittlungsform. Dazu sind insbesondere randomisierte Kontrollgruppenstudien gut geeignet. Weil dabei die Umstände der konkreten Entscheidungssituation zu berücksichtigen sind, bieten sich vor allem Feldexperimente als Ermittlungswerkzeug an. Der damit verbundene zeitliche und finanzielle Aufwand lässt sich für die analoge Durchführung jedoch regelmäßig als Realisierungshindernis verstehen. Bei digitalen Geschäftspraktiken sind derartige Untersuchungen dagegen mit geringerem Aufwand möglich. Insbesondere in diesem wirtschaftlich zunehmend bedeutenden Bereich sollte daher künftig eine experimentelle Ermittlung des Relevanzkriteriums erwogen werden.

Verkehrsanschauung und Sozialadäquanz im Haftungsrecht

Grundlegendes zur Bestimmung der gebotenen Sorgfalt in Deutschland, Österreich und der Schweiz

Stefan Jahn

A. Problemaufriss

Das schweizerische Bundesgericht erhebt den „durchschnittlich sorgfältigen Menschen“ zur Maßfigur im Haftungsrecht,¹ der Oberste Gerichtshof in Österreich verlangt die „nach der Verkehrsauffassung erforderlichen und zumutbaren Schutzmaßnahmen“² und der deutsche Bundesgerichtshof verneint eine Obliegenheit zum Tragen von Fahrradhelmen, weil ein entsprechendes „allgemeines Verkehrsbewusstsein“ fehle.³ Es scheint, als hätte der Durchschnittsmensch das Ruder übernommen, als wäre die Trennung von Sein und Sollen aufgehoben, die Ausgestaltung des Sorgfaltsgebots der Sittengemeinschaft übertragen worden. Selbstverständlich steht es dem Bürgerlichen Recht nicht an, vom hohen Ross herab Unmögliches zu fordern, sondern braucht es den Blick ins Leben, die gesellschaftliche Wirklichkeit. Man wird daher vorhandenen Sicherheitserwartungen und Überzeugungen wohl nicht jede Bedeutung absprechen können. Gerade in Zeiten, da uns Grundrechte nicht nur Schutz vor dem Staat versprechen, sondern diesen auch zu unserem Schutz vor Dritten verpflichten, erschiene es jedoch seltsam, die nötige Abwägung nicht besonnen nach den Wertungen des Gesetzes vorzunehmen, sondern dem Gutdünken des Durchschnittsmenschen zu überlassen, der sich im Ernstfall doch meist selbst am nächsten ist und auch viel anderes als Recht in seine Entscheidungen einfließen lässt. Einem Gesetzgeber, der den Grundsätzen demokratischer Entscheidungsfindung und dem Schutz von Rechtsgütern verbunden ist, könnte eine solche Delegation nur schwer zugesonnen werden.

1 Etwa BGer 4A 179/2021.

2 Vgl. RIS-Justiz RS0023326; ähnl. BGH NJW 2023, 2037.

3 BGH NJW 2014, 2493, Rn. 13 ff.; ähnl. RIS-Justiz RS0026828.

Wie sich zeigen wird, folgen Rechtsprechung und Lehre letztlich ohnehin einem normativen Sorgfaltskonzept. Dass dieses durch Formulierungen wie die eingangs zitierten teils verschleiert, teils durchbrochen wird, bezeugt die Unsicherheit, die weiterhin darüber besteht, welche Bedeutung dem Verhalten des realen Durchschnittsmenschen – und damit einer altbekannten Rechtstatsache – bei der Bestimmung von Sorgfaltspflichten und -obliegenheiten zukommt. Der vorliegende Beitrag versucht, Abhilfe zu schaffen.⁴

B. Begriffliches

I. Verkehrsanschauung

Neben der Verkehrsauffassung und dem Verkehrsbewusstsein werden im gegebenen Zusammenhang häufig die Verkehrssitte, die Verkehrsübung und vor allem die Verkehrsanschauung angerufen, wobei die Begriffe uneinheitlich und vielfach austauschbar verwendet werden. Verkehrsübung und Verkehrssitte stellen freilich stärker auf das tatsächliche Verhalten des Durchschnittsmenschen ab, während die übrigen Begriffe eher dessen innere Einstellung und Überzeugung beschreiben.⁵ Allesamt werden sie nicht immer rein tatsachenbezogen gebraucht, sondern mitunter normativ aufgeladen, sodass teilweise unklar ist, inwieweit die jeweilige Maßfigur überhaupt in der Wirklichkeit verwurzelt oder in Wahrheit schon die personifizierte Rechtsordnung gemeint ist.⁶

Wenn die genannten Begriffe im Folgenden Verwendung finden, soll damit auf tatsächlich geübtes Verhalten oder tatsächlich im Verkehr bestehende Ansichten Bezug genommen werden. Mit einem „normativen Sorgfaltsmaßstab“ ist hingegen ein von solchen Tatsachen unabhängiger Maßstab gemeint.

4 Das Delikt der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB, § 1295 Abs. 2 ABGB, Art. 41 Abs. 2 OR) soll dabei aufgrund des von der allgemeinen Verschuldenshaftung abweichenden Beurteilungsmaßstabs außer Betracht bleiben.

5 Vgl. P. Rummel, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, Wien 1972, 91.

6 Vgl. etwa M. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, Wien 1974, S. 50 f., der bei der Bestimmung der Verkehrssitte nur das Verhalten gewissenhafter und verständiger Verkehrsteilnehmer berücksichtigen will.

II. Sozialadäquanz

Ähnlich schillernd ist der Begriff der Sozialadäquanz:⁷ Zwar bezieht er sich stets auf Beeinträchtigungen, die allgemein hinzunehmen sind; unklar ist aber, worauf sich diese Duldungspflicht stützt. Beruft man sich bloß auf rechtliche Wertungen, erscheint der Begriff irreführend und entbehrlich. Begründet man sie hingegen mit der „geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens“,⁸ wird auch hier auf Verhalten und Anschauung des Verkehrs Bezug genommen.⁹ Zeigt sich, dass der geltende Sorgfaltsmaßstab von Verkehrssitten unabhängig ist, sollte daher auch der Begriff der Sozialadäquanz vermieden werden.

C. Dogmatische Verortung

Jede Verschuldenshaftung gründet sich in einem Verhaltensvorwurf. Ihre Prüfung setzt daher immer die Bestimmung von Sorgfaltspflichten voraus, verlangt also auch eine Entscheidung für oder gegen die Berücksichtigung der Übung und Anschauung des Verkehrs. Trotz der zahlreichen Gemeinsamkeiten der haftungsrechtlichen Regelungen und Lehren in Deutschland, Österreich und der Schweiz ist die gegenständliche Problematik doch jeweils in andere Deliktsstrukturen eingebettet. Diese gilt es im Folgenden kurz darzustellen (siehe auch die Tabelle auf Seite 268¹⁰).

7 Vgl. H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. Aufl., Wien 2020, Rn. C/1/50; F. Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, Berlin 2020, S. 23; E. Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 243 ff.

8 So H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) 491 (516 f.), der den Begriff prägte. Vgl. A. Eser, „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, FS Roxin, Berlin/New York 2001, S. 199 (203) sowie insb. auch H. C. Nipperdey, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777, aber offenbar mit Einschränkungen: „falls die Regeln vernünftig und zur Vermeidung von Verletzungen geeignet waren“ (1778).

9 Vgl. Ruppert, Sozialadäquanz (Fn. 7), S. 152 f., 220 ff.

10 Die Tabelle beruht auf der in diesem Kapitel zitierten Literatur. Vgl. insb. D. Looschelders, Schuldrecht BT, 18. Aufl., München 2023, S. 543; J. Hager in: Staudinger, BGB, Berlin 2017, § 823 Rn. A 1 ff.; E. Karner in: P. Bydlinski/S. Perner/M. Spitzer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, 7. Aufl., Wien 2023, §§ 1294 f.; I. Schwenzer/Ch. Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 8. Aufl., Bern 2020, §§ 19 f., 22, 50.

Deutschland	Schweiz	Österreich
ersatzfähiger Schaden, Kausalität ¹ (inkl. Adäquanz ²)		
Tatbestandsmäßigkeit	Rechtswidrigkeit	
bei unmittelbarer V(erletzung): RechtsgutsV (Erfolgsunrecht ³)	objektive Sorgfaltswidrigkeit: nach der gesamten Rechtsordnung gebotene Sorgfalt insb. mit Blick auf absolut geschützte Rechtsgüter, Schutzgesetze, Verbot vorsätzl. sittenwidr. Schädigung (Verhaltensunrecht ⁷) maßgerechter Durchschnittsmensch bzw. ⁸ durchschnittl. Fachmann in der konkreten Lage	
bei mittelbarer V/Unterlassung: ⁴ VerkehrspflichtV		
oder: SchutznormV/vorsätzl. sittenwidr. Schädigung		
haftungsbegründende Kausalität⁵ (inkl. Adäquanz⁶)		
bei Rahmenrechten: Interessenabwägung	Rechtfertigungsgründe⁹	
Rechtswidrigkeitszusammenhang , rechtmäßiges Alternativverhalten		
Verschulden		
objektive Sorgfaltswidrigkeit:¹⁰	subjektive Sorgfaltswidrigkeit:	
Vorsatz/Fahrlässigkeit		
im Verkehr erforderliche Sorgfalt bezüglich haftungsbegründendem Tatbestand	im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Vermeidung einer Schädigung Dritter	Einhaltung der objektiven Sorgfalt (siehe RW)
sorgfältiger durchschnittl. Angehöriger des Verkehrskreises in der konkreten Lage; ¹¹ gewisse Subjektivierung durch Bildung auch etwa das Alter berücksichtigender Verkehrskreise		Fähigkeiten und Kenntnisse des konkreten Schädigers ¹² bzw. ⁸ eines durchschnittl. Fachmanns
Deliktsfähigkeit, Entschuldigungsgründe¹³		
insb.: Mitverschulden, Haftungsausschluss, Verjährung		
Anm: (1) D, tw. CH: <i>haftungsausfüllende Kausalität</i> (2) D: str.; insb. CH: inkl. <i>Unterbrechung des Kausalzusammenhangs</i> , str. (3) D, CH: gewichtige Mindermeinung für Verhaltensunrecht (4) CH: verbreitete Ansicht gegen Ausnahme (5) CH: str. (6) D: bes. str. (7) Abwehrrechte jedoch schon bei Erfolgsunrecht gewährt (8) bei <i>Sachverständigen</i> , d.h. wenn Tätigkeit besondere Kenntnisse und Fähigkeiten verlangt (9) CH: u.U. auch bei PersönlichkeitsrechtsV; D: <i>Rechtfertigungsgrund verkehrsrichtigen Verhaltens</i> (BGHZ 24, 21) nun allg. abgelehnt (10) D, CH: Abgrenzung str., wenn TB/RW handlungsbezogen; in D dann vielfach auf Rechtswidrigkeitsebene <i>äußere</i> , auf Verschuldensebene ebenfalls obj. <i>innere Sorgfalt</i> geprüft (11) CH: tw. <i>bonus pater familias</i> (12) zur obj. Sorgfalt widerleglich vermutet (13) nur in D und tw. in Ö relevant		

Vereinfachtes Prüfschema der deliktischen Verschuldenshaftung
in Deutschland, Österreich und der Schweiz

I. Deutschland

Nach der umstrittenen, in Deutschland aber noch herrschenden Lehre vom Erfolgsunrecht führt die Verletzung eines absolut geschützten Rechts(guts) grundsätzlich zur Tatbestandsmäßigkeit und mangels Rechtfertigungsgründen zugleich zur Rechtswidrigkeit des für die Verletzung kausalen Verhaltens.¹¹ Die Frage der objektiven Sorgfaltswidrigkeit stellt sich dann erst auf Verschuldensebene. Der vom BGH¹² einst postulierte „Rechtfertigungsgrund verkehrsrichtigen Verhaltens“ – eine Art Verhaltensunrecht mit Beweislastumkehr – hat sich nicht durchgesetzt.¹³

Einige Ausnahmen vom Erfolgsunrecht werden jedoch anerkannt: Bei den sog. Rahmenrechten (insb. Persönlichkeitsrecht) wird die Rechtswidrigkeit nicht durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert, sondern bedarf positiver Feststellung durch Interessenabwägung.¹⁴ Zu einer deutlichen Annäherung an die Verhaltensunrechtslehre kommt es auch, wenn absolut geschützte Güter mittelbar oder durch Unterlassen beeinträchtigt werden: Nach herrschender Meinung führt in diesen Fällen nicht bereits die Rechtsgutsverletzung zu Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, sondern bedarf es dazu der Verletzung einer Verkehrspflicht.¹⁵ Diese soll jedoch nicht mit objektiver Sorgfaltswidrigkeit, mit der Verletzung einer „Verhaltenspflicht“ gleichzusetzen sein. Die Abgrenzung zum Verschulden ist hier überaus strittig. Nach wohl herrschender Meinung beschreiben Verkehrspflichten „umfassender und schärfer als die Verhaltenspflichten“ die angemessene „äußere Sorgfalt“, also das nach der Rechtsordnung idealerweise zu setzende Verhalten. Auf Verschuldensebene verbleibt dann noch die Prüfung der „inneren Sorgfalt“, ob also eine Maßfigur der Verkehrspflicht in der konkreten Situation überhaupt gerecht werden konnte.¹⁶

11 G. Spindler in: B. Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB, 1.8.2023, § 823 Rn. 78 f.; D. Ulber in: Erman, BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 276 Rn. 7; S. Grundmann in: F. J. Säcker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 9. Aufl., München 2022, § 276 Rn. 13 ff.; J. Hager in: Staudinger, BGB, Berlin 2021, § 823 Rn. H 14 ff.; a.A. R. Wilhelmi in: Erman, BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 823 Rn. 7; G. Wagner, Deliktsrecht, 14. Aufl., München 2021, Kap. 5 Rn. 14 ff.; G. Caspers in: Staudinger, BGB, Berlin 2019, § 276 Rn. 13.

12 BGHZ 24, 21.

13 Wilhelmi (Fn. 11), § 823 Rn. 8.

14 Looschelders, SR BT (Fn. 10), § 61 Rn. 5.

15 Spindler (Fn. 11), § 823 Rn. 79.

16 Hager (Fn. 10), § 823 Rn. A 6.

II. Schweiz

Auch in der Schweiz führt eine unmittelbare Verletzung absolut geschützter Güter nach der traditionellen und vom Bundesgericht wohl immer noch befürworteten Erfolgsunrechtslehre grundsätzlich ohne Weiteres zur Widerrechtlichkeit der Handlung;¹⁷ die Verhaltensunrechtslehre gewinnt hier freilich immer mehr Anhänger.¹⁸ Wie mittelbare Verletzungen und Unterlassungen zu beurteilen sind, ist in der Schweiz besonders umstritten: Zum Teil wird – wie in Deutschland – Rechtswidrigkeit erst bei einer Verletzung des „Gefahrensatzes“, also einer Verkehrspflichtverletzung angenommen, zum Teil bleibt man offenbar auch in diesen Fällen dem Erfolgsunrecht treu und zieht den Gefahrensatz erst auf Verschuldensebene heran.¹⁹ Wird die Widerrechtlichkeit handlungsbezogen ermittelt, was bei Schutzgesetzen, nach teilweise vertretener Ansicht aber eben auch bei Unterlassungen und mittelbaren Verletzungen oder gar generell der Fall ist, stellt sich auch hier die Frage der Abgrenzung zum Verschulden. Zum Teil wird sie ähnlich dem deutschen Konzept der inneren und äußeren Sorgfalt vorgenommen, häufiger findet aber auch auf Verschuldensebene entweder noch eine vollständige Sorgfaltsprüfung statt oder verzichtet man umgekehrt gänzlich auf diese.²⁰

Auch sonst sind nur kleinere dogmatische Unterschiede zur deutschen Rechtslage ersichtlich: Die Interessenabwägung bei Persönlichkeitsverlet-

17 R. Brehm in: Berner Kommentar OR, 5. Aufl., Bern 2021, Art. 41 Rn. 35; M. A. Kessler in C. Widmer Lüchinger/D. Oser, Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 41 Rn. 31 ff.; K. Otfinger/E. W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 4 Rn. 23.

18 Schwenzer/Fountoulakis, OR AT (Fn. 10), Rn. 50.28 ff.; H. Honsell/B. Isenring/M. A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013, § 4 Rn. 2; W. Fellmann/A. Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Bern 2012, Rn. 334 ff.; W. Portmann, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?, SJZ 93/1997, 273 ff. Von manchen Befürwortern der Verhaltensunrechtslehre wird diese bereits als herrschende Lehre angesehen: V. Roberto, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Bern 2022, Rn. 4.08 ff.; H. Rey/I. Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Rn. 796, 800, 822.

19 Zum Meinungsstand W. Fischer/A. Böhme/F. Gähwiler in: J. Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), OFK OR, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 41 Rn. 89; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 45 ff. Vgl. auch Schwenzer/Fountoulakis, OR AT (Fn. 10), Rn. 50.29, 50.33.

20 Vgl. Roberto, HPR (Fn. 18), Rn. 7.18; R. H. Weber/S. Emmenegger in: Berner Kommentar OR, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 99 Rn. 119 ff.; Schwenzer/Fountoulakis, OR AT (Fn. 10), Rn. 22.18 ff.; Honsell/Isenring/Kessler, HPR (Fn. 18), § 6 Rn. 21 f.; Portmann, Erfolgsunrecht (Fn. 18), 278 f.

zungen wird bei den Rechtfertigungsgründen eingeordnet (Art. 28 Abs. 2 ZGB).²¹ Das Verschulden wiederum bezieht sich nicht wie in Deutschland²² auf den haftungsbegründenden Tatbestand, sondern schlicht auf eine Schädigung Dritter, kann also offenbar auch dann vorliegen, wenn die Widerrechtlichkeit verneint wird (etwa bei bloßen Vermögensschäden ohne Schutzgesetzverletzung), was dann allerdings keine Rechtsfolgen nach sich zieht.²³

III. Österreich

Anders als in Deutschland und der Schweiz wird in Österreich die Verhaltensunrechtslehre allgemein anerkannt.²⁴ Zwar werden Abwehrrechte (insb. Notwehr, Unterlassungsansprüche) auch hier grundsätzlich bereits bei Erfolgsunrecht gewährt, die zur Haftungsbegründung erforderliche Rechtswidrigkeit wird jedoch erst bei objektiver Sorgfaltswidrigkeit des schadenskausalen Verhaltens angenommen.²⁵ Ob eine Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter oder von Schutzgesetzen vorliegt, spielt zwar bei der Begründung der Rechtswidrigkeit eine wesentliche Rolle, ist aber keine notwendige Bedingung, sondern gemeinsam mit allen anderen rechtlichen Wertungen bei der Ermittlung der im konkreten Fall objektiv gebotenen Sorgfalt zu berücksichtigen.²⁶

Ein weiterer fundamentaler Unterschied besteht auf Verschuldensebene: Hier gilt in Österreich ein weitgehend subjektiver Maßstab. Während das Verschulden in Deutschland und der Schweiz nach herrschender Meinung durch Abweichen vom Verhalten einer Maßfigur, also durch objektive Sorgfaltswidrigkeit begründet wird, führt dies in Österreich erst zur Rechtswidrigkeit des Verhaltens, wohingegen beim Verschulden grundsätzlich zu prüfen ist, ob der Schädiger zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt

21 *Oftinger/Stark*, HPR I (Fn. 17), § 4 Rn. 29.

22 Vgl. *R. Schaub* in: B. Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB, 1.6.2023, § 276 Rn. 56.

23 Vgl. *Brehm* (Fn. 17), Art. 41 Rn. 52b.

24 *G. Kodek* in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-ON, Vers. 1.03, 1.1.2018, § 1294 Rn. 21 ff. Insb. *R. Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners, Berlin 1975, S. 123 ff. betont freilich, dass das Verhaltensunrecht nach der Konzeption des ABGB Teil des Verschuldens ist, während bei der Rechtswidrigkeit – entgegen der heute herrschenden Meinung – vom Erfolgsunrecht ausgegangen wurde.

25 *Karner* (Fn. 10), § 1294 Rn. 3 f.

26 *Koziol*, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/25 ff.; *R. Reischauer* in: P. Rummel (Hrsg.), ABGB, 3. Aufl., Wien 2007, § 1294 Rn. 16.

auch persönlich befähigt war, mithin auch subjektive Sorgfaltswidrigkeit vorliegt. Dies wird bei Deliktsfähigen freilich widerleglich vermutet (§ 1297 ABGB).²⁷ Bei Personen, die eine Tätigkeit ausüben, die besondere Fähigkeiten oder Kenntnisse verlangt (Sachverständige), ist der Verschuldensmaßstab zudem insofern objektiviert, als diese jedenfalls für das grundsätzliche Vorhandensein der erforderlichen Eigenschaften eintreten müssen (§ 1299 ABGB).²⁸

IV. Konsequenzen für die vorliegende Untersuchung

Dass in Österreich grundsätzlich ein subjektiver Verschuldensmaßstab gilt, ist für die vorliegende Untersuchung nicht von Belang: Die Prüfung der subjektiven Sorgfaltswidrigkeit ist jener der objektiven nachgelagert und es ist evident, dass die Verkehrsanschauung – wenn überhaupt – nur auf objektiver Ebene beachtlich sein kann. Freilich führt der Verzicht auf subjektives Verschulden in Deutschland und der Schweiz zu einer stärkeren Subjektivierung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit. Insbesondere werden bei der Bildung der für den Sorgfaltsmaßstab relevanten Verkehrsgruppen – anders als in Österreich – auch Eigenschaften wie etwa das Alter oder körperliche Beeinträchtigungen berücksichtigt.²⁹ Auf die Beantwortung der Ausgangsfrage, ob innerhalb dieser Verkehrsgruppen das reale Durchschnittsverhalten maßgeblich ist, hat dies aber keinen Einfluss.

Gewichtiger erscheint zunächst der zweite große Unterschied: Während die objektive Sorgfaltswidrigkeit in Österreich gemäß der Verhaltensunrechtslehre einheitlich auf Rechtswidrigkeitsebene geprüft wird, herrscht in Deutschland und der Schweiz weiterhin die Erfolgsunrechtslehre, weshalb sich die Frage der Relevanz des faktischen Verkehrsverhaltens dort grundsätzlich erst auf Verschuldensebene stellt. Soweit Einschränkungen von der Erfolgsunrechtslehre angenommen werden, kann sie freilich auch auf anderer Ebene eine Rolle spielen: Ist etwa die Verletzung einer Streupflicht zu prüfen, würde es bereits auf Tatbestandsebene in Betracht kommen, diese mit einer einschlägigen Verkehrsanschauung zu begründen. Anders als im Grundfall unmittelbarer Rechtsgutsverletzungen verspricht die Analyse des

²⁷ *Reischauer* (Fn. 26), § 1297 Rn. 12.

²⁸ *Karner* (Fn. 10), § 1299 Rn. 1.

²⁹ Vgl. *Caspers* (Fn. 11), § 276 Rn. 43; *Brehm* (Fn. 17), Art. 41 Rn. 172; vgl. dort auch Rn. 178a.

faktischen Verkehrs – die notwendigerweise allgemeine Aussagen trifft – dann bei der Verschuldensprüfung kaum Erleichterung: Dort ist in diesen Fällen ja nur mehr die „innere Sorgfalt“ zu prüfen, also zu hinterfragen, ob selbst eine Maßfigur in der konkreten Lage die Streupflicht nicht hätte einhalten können, weil etwa der Wecker wider Erwarten seinen Dienst versagt hat.³⁰

Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies, dass in Deutschland und der Schweiz der relevante Schauplatz in Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich auf Verschuldensebene, insbesondere im Falle Deutschlands vielfach aber bereits auf Tatbestandsebene liegt, während in Österreich allein die Rechtswidrigkeit zu betrachten ist. Ansonsten ist die unterschiedliche dogmatische Einordnung und teilweise Aufspaltung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit im gegenständlichen Zusammenhang aber nicht von Bedeutung, weil es letztlich immer um die Frage geht, welches Verhalten in einer konkreten Situation nach einem objektiven Maßstab geboten ist. Die verschiedenen Abstraktionsgrade und Bezugspunkte sollten für die Ausgangsfrage, ob auf die Verkehrsanschauung recurriert werden darf, keine Rolle spielen.

D. Meinungsstand

I. Sitten und Unsitten

1. Sorgfalt gegenüber fremden Rechtsgütern

Ein rascher Blick auf Lehre und Rechtsprechung zur Bestimmung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit kann leicht den Eindruck erwecken, dass dem Verhalten des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers beachtlicher Stellenwert eingeräumt wird: Gerade in der Schweiz definiert nicht nur das Bundesgericht die Sorgfaltswidrigkeit als ein Abweichen vom „hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen“,³¹ sondern sind ähnliche Formulierungen auch in der Literatur verbreitet: Maßstab sei „das an einem bestimmten Ort oder in einer bestimmten Gegend oder in einem bestimmten Berufszweig übliche Verhalten in bestimmten

30 Vgl. *D. Medicus/J. Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl., München 2023, Rn. 659.

31 Etwa BGer 4A 179/2021.

Situationen“³² „die Sorgfalt des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers“³³ Jede negative Abweichung von diesem „Durchschnittsverhalten“ gelte als sorgfaltswidrig.³⁴ Auch in Deutschland finden sich ähnliche Äußerungen. Demnach komme es auf die Anforderungen an, die „nach der Verkehrsanschauung üblicherweise“ gestellt werden dürfen.³⁵ Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sei genügt, „wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält.“³⁶ Ebenso verlangt der Oberste Gerichtshof in Österreich die „Ergreifung der nach der Verkehrsauffassung erforderlichen und zumutbaren Schutzmaßnahmen.“³⁷

Eine nähere Betrachtung zeigt aber, dass dem Verhalten und der Anschauung des Durchschnittsmenschen weitaus weniger Bedeutung zugemessen wird, als die angeführten Äußerungen vermuten lassen:

Zunächst fällt auf, dass die darin enthaltenen Begriffe vielfach nicht im wörtlich naheliegenden Sinne gebraucht, sondern normativ aufgeladen werden. So lässt etwa der BGH seinem Verweis auf die „herrschende Verkehrsauffassung“ den Satz folgen, dass es ausreiche, „diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren und die den Umständen nach zuzumuten sind“.³⁸ Ähnlich spricht der OGH den Schädiger von der Verantwortung frei, wenn er „alle Vorkehrungen getroffen hat, die vernünftigerweise nach den Umständen von ihm erwartet werden können“.³⁹ Das Rechtswidrigkeitsurteil bei Verletzung fremder absolut geschützter Rechte sei „nur auf Grund umfassender Interessenabwägung zu finden.“⁴⁰ Vom tatsächlichen Verhalten des Durchschnitts ist da keine Rede.

32 *Rey/Wildhaber*, HPR (Fn. 18), Rn. 1002; vgl. auch *Fellmann/Kottmann*, HPR I (Fn. 18), Rn. 568.

33 *Honsell/Isenring/Kessler*, HPR (Fn. 18), § 6 Rn. 18.

34 *Rey/Wildhaber*, HPR (Fn. 18), Rn. 1003.

35 *Caspers* (Fn. 11), § 276 Rn. 3, ähnlich 32.

36 Etwa BGH NJW 2023, 2037 m.w.N.

37 Vgl. RIS-Justiz RS0023326; ähnlich RS0023950. Vgl. auch *H. Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. II, 3. Aufl., Wien 2018, Rn. B/1/32; *Reischauer* (Fn. 26), § 1294 Rn. 70, 78.

38 BGH NJW 2023, 2037 m.w.N.

39 Vgl. RIS-Justiz RS0030035; z.T. aber doch „vernünftigerweise nach der Auffassung des Verkehrs“, vgl. insb T9; ähnlich RS0030472.

40 Vgl. RIS-Justiz RS0022917.

Außerdem sind in allen drei Rechtsordnungen auch Sorgfaltsdefinitionen weit verbreitet, die vergleichsweise eindeutig zum Ausdruck bringen, dass der angelegte Maßstab ein normativer ist: So wird in der Schweiz zum Teil auf das Verhalten eines „bonus paterfamilias“ abgestellt,⁴¹ in Deutschland wird geprüft, „wie sich ein ordentlicher und gewissenhafter Verkehrsteilnehmer in der konkreten Situation verhalten hätte“,⁴² und in Österreich ist der „maßgerechte Durchschnittsmensch“ als Maßfigur allgemein anerkannt.⁴³ In allen drei Fällen ist klar, dass es nicht darauf ankommt, was der tatsächlich durchschnittliche Mensch tun oder für vernünftig erachten würde, sondern die Maßfigur besonderen Anforderungen genügen muss.

Keinen Zweifel lassen schließlich jene Stellungnahmen, die den Ernstfall der gegenständlichen Problematik im Auge haben, wo es also um die Bedeutung von Verkehrssitten geht, die unter dem Gesichtspunkt eines ausgewogenen Rechtsgüterschutzes keinesfalls mehr als sorgfältig erachtet werden können. Hier finden Rechtsprechung und Literatur in allen drei Ländern klare Worte: Eine in bestimmten Verkehrskreisen „übliche Nachlässigkeit“ und „Unsitten“ können den Sorgfaltsmaßstab nicht herabsetzen.⁴⁴ „Der Grad der anzuwendenden Sorgfalt ist nämlich nur nach einem objektiven Maßstab zu bestimmen, und zwar nach demjenigen, was der normale und gesunde Verkehr erfordert.“⁴⁵ „Der wertverbundene, nicht

41 *Brehm* (Fn. 17), Art. 41 Rn. 172 ff.; *Honsell/Isenring/Kessler*, HPR (Fn. 18), § 6 Rn. 17.

42 *Ulber* (Fn. 11), § 276 Rn. 15; ähnlich *A. Stadler* in: *Jauernig*, BGB, 19. Aufl., München 2023, § 276 Rn. 29; *Spindler* (Fn. 11), § 823 Rn. 409; *G. Wagner*, Deliktsrecht (Fn. 11), Kap. 5 Rn. 80.

43 *Karner* (Fn. 10), § 1297 Rn. 1; *Kodek* (Fn. 24), § 1297 Rn. 2; *E. Wagner* in: *M. Schwimann/G. Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, 4. Aufl., Wien 2016, § 1297 Rn. 4; *Reischauer* (Fn. 26), § 1297 Rn. 2.

44 Vgl. *Stadler* (Fn. 42), § 276 Rn. 29; *S. Lorenz* in: *W. Hau/R. Poseck* (Hrsg.), BeckOK BGB, 67. Aufl., München 1.8.2023, § 276 Rn. 21; *Ulber* (Fn. 11), § 276 Rn. 18; *Grundmann* (Fn. 11), § 276 Rn. 60; *Hager* (Fn. 11), § 823 Rn. E 27; *G. Wagner* in: *F. J. Säcker et al.* (Hrsg.), MüKoBGB, 8. Aufl., München 2020, § 823 Rn. 38, 482; *K. Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 14. Aufl., München 1987, S. 282 f.; *Karner* (Fn. 10), § 1297 Rn. 1; *Reischauer* (Fn. 26), § 1297 Rn. 2; *Kodek* (Fn. 24), § 1297 Rn. 2; *E. Wagner* (Fn. 43), § 1297 Rn. 5; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996, S. 198; *R. Welser*, Haftungsprobleme der Wintersportausübung, in: *R. Sprung/B. König* (Hrsg.), Das österreichische Schirecht, Innsbruck 1977, S. 444, 465; *Brehm* (Fn. 17), Art. 41 Rn. 177; *Fischer/Böhme/Gähwiler* (Fn. 19), Art. 41 Rn. 82; *Schwenzer/Fountoulakis*, OR AT (Fn. 10), Rn. 22.15; *Oftinger/Stark*, HPR I (Fn. 17), § 5 Rn. 83; BGH NJW 1953, 257; OGH 3 Ob 594/83; BGE 85 II 243.

45 BGH NJW 1953, 257.

der schlampige Durchschnittsmensch ist Ansatzpunkt für das Maß.⁴⁶ Ein „Brauch kann auch Missbrauch sein oder im Laufe der Zeit dazu werden“.⁴⁷

Insgesamt zeigt sich somit recht klar, dass in den untersuchten Rechtsordnungen von einem normativen Sorgfaltsmaßstab ausgegangen, also nicht auf das Verhalten oder die Anschauung des tatsächlichen Durchschnittsmenschen abgestellt wird.⁴⁸ Formulierungen, die anderes suggerieren, dürften ganz überwiegend „eher einen fassaden- und floskelhaften Charakter aufweisen“.⁴⁹

2. Sorgfalt gegenüber eigenen Rechtsgütern

Etwas anders mutet die Lage beim Mitverschulden an: Obwohl in allen drei Rechtsordnungen anerkannt ist, dass dieses grundsätzlich gleich zu bestimmen ist wie das Verschulden (Gleichbehandlungsthese),⁵⁰ scheint hier der Verkehrsanschauung größeres Gewicht eingeräumt zu werden. Der BGH verlangt etwa für die Obliegenheit, beim Radfahren einen Helm zu tragen, dass dies zur Unfallzeit „nach allgemeinem Verkehrsbewusstsein zum eigenen Schutz erforderlich war.“⁵¹ Ganz ähnlich fordert der OGH, dass sich bereits ein „allgemeines Bewusstsein der beteiligten Kreise dahin

46 *Reischauer* (Fn. 26), § 1297 Rn. 2.

47 *Rey/Wildhaber*, HPR (Fn. 18), Rn. 1008; vgl. BGE 85 II 243.

48 Vgl. *Schaub* (Fn. 22), § 276 Rn. 84; *Stadler* (Fn. 42), § 276 Rn. 29; *Grundmann* (Fn. 11), § 276 Rn. 60; *G. Wagner*, Deliktsrecht (Fn. 11), Kap. 5 Rn. 80 f.; *Hager* (Fn. 11), § 823 Rn. E 27; *E. Deutsch*, Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 (2002) 889 (899 f.); *E. Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1996, Rn. 403 f.; *E. A. Kramer*, Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht, AcP 171 (1971) 422 (430 Fn. 41); *A. Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit, Wien 2017, S. 764; *M. Gschöpf*, Haftung bei Verstoß gegen Sportregeln, Wien 2000, S. 18 f.; *K. Schmoller*, Zur Argumentation mit Maßstabfiguren, JbL 1990, 631 (638, 642); *Roberto*, HPR (Fn. 18), Rn. 4.60; *Rey/Wildhaber*, HPR (Fn. 18), Rn. 1008; *Oftinger/Stark*, HPR I (Fn. 17), § 5 Rn. 83; *M. Jaun*, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Bern 2007, S. 199, 428; *D. Thaler*, Haftung zwischen Wettkampfsportlern, Zürich 2002, S. 159 f. Vgl. auch etwa *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt (Fn. 6), S. 55 f. sowie ausführl. *D. Lorenz*, Der Maßstab des einsichtigen Menschen, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1967, S. 85 ff. m.w.N.

49 Vgl. *S. Schmid*, Der maßgerechte Mensch, ZöR 74 (2019) 427 (441). Zur damit verbundenen Irreführungsgefahr bereits *Schmoller*, Maßstabfiguren (Fn. 48), 638.

50 *H. Oetker* in: F. J. Sacker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 9. Aufl., München 2022, § 254 Rn. 35; *Reischauer* (Fn. 26), § 1304 Rn. 1; *Brehm* (Fn. 17), Art. 44 Rn. 18. Zur Kontroverse, inwieweit beim Mitverschulden bereits geringere Zurechnungsgründe ausreichen, vgl. *Koziol*, HPR I (Fn. 7), Rn. C/9/4 ff.

51 BGH NJW 2014, 2493, Rn. 9.

gebildet hat, dass jeder Einsichtige und Vernünftige solche Schutzmaßnahmen anzuwenden pflegt.“⁵² Angesichts der Rechtsprechung zur Sorgfalt gegenüber fremden Gütern könnte man auch hier annehmen, dass die genannten Formulierungen nicht von einem normativen Sorgfaltsmaßstab abweichen wollen: Was „zum eigenen Schutz erforderlich“ ist und „jeder Einsichtige und Vernünftige [...] anzuwenden pflegt“, könnte nach einem sittenunabhängigen Maßstab zu beurteilen sein, während das Erfordernis des allgemeinen Verkehrsbewusstseins lediglich sicherstellen soll, dass die Obliegenheit auch einem Durchschnittsmenschen erkennbar ist, also mit dessen Fähigkeiten überhaupt eingehalten werden kann. Dass die Gerichte Statistiken über die tatsächliche Anwendung der Schutzmaßnahme als starkes Indiz für oder gegen das Bestehen eines allgemeinen Verkehrsbewusstseins erachten,⁵³ lässt freilich an einer solchen Deutung der Judikatur zweifeln. Im Ergebnis scheint eine Obliegenheit zum Teil auch dann verneint zu werden, wenn eine Maßnahme zwar nach dem gegenüber fremden Gütern geltenden Maßstab geboten wäre, aber unüblich ist. Während beim Verschulden noch einhellig betont wird, dass „übliche Nachlässigkeit“ und „Unsitten“ den Sorgfaltsmaßstab nicht herabsetzen können, soll das beim Mitverschulden offenbar möglich sein.

In der Literatur wird die Berufung auf das allgemeine Verkehrsbewusstsein teils kritisiert,⁵⁴ oft aber gebilligt.⁵⁵ Trotz aller Beteuerung, dass derselbe Sorgfaltsmaßstab wie beim Verschulden gelte, finden sich gerade in Deutschland vielfach Ausführungen, die beim Mitverschulden besonders deutlich auf die Verkehrsübung zu verweisen scheinen: Entscheidend sei,

52 Vgl. RIS-Justiz RS0026828; zum Fahrradhelm zuletzt OGH 2 Ob 8/20w.

53 Vgl. etwa BGH NJW 2014, 2493, Rn. 13 ff.; OGH 2 Ob 8/20w; BGer 4A_206/2014 (4.I, Vorinstanz); dazu M. Borle, Nichttragen des Fahrradhelms – haftpflichtrechtliche Reduktion infolge Selbstverschuldens?, in: R. Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2015, Bern 2015, S. 19 (34).

54 Vgl. etwa P. Meier/F. Jocham, Mitverschulden des Fahrradfahrers ohne Helm?, VersR 2014, 1167 (1169); A. Morell, JZ 2014, 1166 (1170); Ch. Huber, Die Radfahrerhelm-Entscheidung des BGH – was ist geklärt, was noch offen?, NZV 2014, 489 (490, 492); S. Jahn, ZVR 2022, 310 (313 ff.); B. A. Koch, Mitverantwortung durch unterlassenen Selbstschutz am Beispiel von Schutzkleidung, ZVR 2019, 475 (481); E. Karner, ZVR 2014, 391 (396).

55 Vgl. etwa T. Offenloch, Der Fahrradhelm beim Bundesgerichtshof, in: Ch. Huber/M. Neumayr/W. Reisinger (Hrsg.), FS Danzl, Wien 2017, S. 165 (173 f.); D. Looschelders, LMK 2014, 362735; D. Kettler, NJW 2014, 2493 (2495 f.); M. Ganner, Obliegenheit des Helmtragens bei sportlicher Betätigung, SpuRt 1/2015, 19 f.; T. Schoditsch/P. Griehser, ZVR 2006, 159 (160); Borle, Fahrradhelm (Fn. 53), S. 19 (33 ff.); vgl. auch A. Schwaighofer, Schutzbekleidung und Mitverschulden im Sport, Wien 2019, S. 86.

„welche Maßnahmen ein durchschnittlicher Angehöriger des betreffenden Verkehrskreises getroffen hätte, um seine eigenen Rechtsgüter und Interessen zu schützen.“⁵⁶ Mitverschulden liege „immer dann vor, wenn ein den durchschnittlichen Anforderungen entsprechender Angehöriger des betroffenen Verkehrskreises die unterlassene Sorgfaltsmaßnahme getroffen hätte.“⁵⁷ Auch hier finden sich jedoch normative Einschränkungen, wenn etwa auf die „nach einer vernünftigen Verkehrsanschauung auch in eigenen Angelegenheiten zu beachtende erforderliche Sorgfalt ‚für sich und das Seinige‘, also die Verletzung des zumutbaren Maßes an Aufmerksamkeit und Rücksichtnahme auf die eigenen Interessen“⁵⁸ abgestellt wird. Deutlich für einen sittenunabhängigen Sorgfaltsmaßstab spricht schließlich der in der Literatur mitunter anzutreffende und der ständigen Rechtsprechung des BGH entstammende Satz, wonach ein Mitverschulden des Verletzten dann anzunehmen sei, „wenn dieser diejenige Sorgfalt außer acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt“.⁵⁹

Bedenkt man, dass die zuletzt genannte Definition auch in der erwähnten Fahrradhelm-Entscheidung des BGH, ja sogar im selben Absatz wie das allgemeine Verkehrsbewusstsein genannt wird, und dort weiters zu lesen ist, dass sich das verkehrsrichtige Verhalten „durch die konkreten Umstände und Gefahren im Verkehr“ bestimmt, „sowie nach dem, was den Verkehrsteilnehmern zumutbar ist, um diese Gefahr möglichst gering zu halten“,⁶⁰ dann wird klar, dass die Gerichte und auch die Lehre im Kern keineswegs vom normativen Sorgfaltsmaßstab abgehen wollen.⁶¹ Dies gilt auch für den OGH, der beim Mitverschulden regelmäßig danach fragt, wie sich ein „ordentlicher und verständiger Mensch (der maßstabgerechte Durchschnittsmensch)“ verhalten hätte.⁶²

56 *D. Looschelders* in: B. Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK BGB, 1.6.2023, § 254 Rn. 98.

57 *Oetker* (Fn. 50), § 254 Rn. 35.

58 *I. Ebert* in: Erman, BGB, 17. Aufl., Köln 2023, § 254 Rn. 24.

59 BGH NJW 2014, 2493, Rn. 9; *Lorenz* (Fn. 44), § 254 Rn. 9; *Ch. Kern* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl., München 2023, § 254 Rn. 5; vgl. auch *R. Schulze* in: R. Schulze et al. (Hrsg.), BGB, 11. Aufl., Baden-Baden 2022, § 254 Rn. 8.

60 BGH NJW 2014, 2493, Rn. 9.

61 Besonders deutlich für einen normativen Maßstab *D. Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999, S. 345 ff. Vgl. auch die *Nw.* in Fn. 54.

62 RIS-Justiz RS0026343 (T1); ähnlich RS0023573 u.v.a.

Wird beim Mitverschulden auf das allgemeine Verkehrsbewusstsein abgestellt, dann also wohl nur aufgrund der Annahme, es könne für die Frage, ob die Schutzmaßnahme „ein geeignetes und angemessenes (zumutbares) Mittel“ zur Vermeidung von Gefahren ist, „wichtige Anhaltspunkte liefern, weil es die Sorgfalterwartungen der Verkehrsteilnehmer prägt.“⁶³ Ob die Indizwirkung der Verkehrsanschauung tatsächlich so stark ist, wird noch zu prüfen sein (unten G.).

II. Konkretisierung der gebotenen Sorgfalt

Ist die Anschauung und Übung des Verkehrs nach der herrschenden Meinung also höchstens Indiz für die nach einem normativen Maßstab zu bestimmende gebotene Sorgfalt, stellt sich die Frage, wie dieser Maßstab stattdessen konkretisiert werden soll. Dazu haben sich in den untersuchten Rechtsordnungen weitgehend übereinstimmende Grundsätze etabliert: Die äußere Grenze bilden zunächst die Fähigkeiten des durchschnittlichen Angehörigen des einschlägigen Verkehrskreises – er muss die Gefährdung erkennen und vermeiden können.⁶⁴ Ob die Gefahr abgewendet werden muss, hängt von einer Abwägung der rechtlich geschützten Interessen von Schädiger und Geschädigtem ab.⁶⁵ Dabei sind alle in der Rechtsordnung enthaltenen Wertungen zu berücksichtigen.⁶⁶ Entscheidend ist vor allem die Gefährlichkeit des Verhaltens, der Rang der bedrohten Rechtsgüter sowie die Zumutbarkeit weniger gefährlichen Verhaltens.⁶⁷ Von größter

63 D. Looschelders, LMK 2014, 362735.

64 Vgl. D. Looschelders, Schuldrecht AT, 20. Aufl., München 2022, § 23 Rn. 7, 9; Reischauer (Fn. 26), § 1297 Rn. 12 und § 1299 Rn. 2; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 172.

65 Vgl. Schaub (Fn. 22), § 276 Rn. 83; Looschelders, SR BT (Fn. 10), § 59 Rn. 10; Grundmann (Fn. 11), § 276 Rn. 61; Koziol, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/36 ff.; Welser, Haftungsprobleme (Fn. 44), S. 440; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 170. Für das Mitverschulden Looschelders, Mitverantwortlichkeit (Fn. 61), S. 346.

66 Karner (Fn. 10), § 1294 Rn. 4. Vgl. auch Wilhelmi (Fn. 11), § 823 Rn. 10; Brehm (Fn. 17), Art. 41 Rn. 173.

67 Vgl. Looschelders, SR BT (Fn. 10), § 59 Rn. 10; Hager (Fn. 11), § 823 Rn. E 27, 31; Spindler (Fn. 11), § 823 Rn. 400, 409, 415; G. Wagner, Deliktsrecht (Fn. 11), Kap. 5 Rn. 81; K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl., München 1994, S. 413 f.; Koziol, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/36 ff.; F. Bydlinski, Verkehrssicherungspflichten des Wegehalters im Bergland, ZVR 1998, 326 (329); Reischauer (Fn. 26), § 1294 Rn. 70, 78; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt (Fn. 6), S. 58; Roberto, HPR (Fn. 18), Rn. 4.65; vgl. auch Kessler (Fn. 17), Art. 41 Rn. 48a; Oftringer/Stark, HPR I (Fn. 17), § 5 Rn. 87.

Bedeutung ist diese Abwägung bei der Begründung von Verkehrspflichten, wo also eine aktive Schadensabwehr gefordert wird. Hier kommt es insbesondere auch darauf an, dass der Schädiger eine Gefahrenquelle geschaffen oder in seinem Bereich bestehen lassen hat.⁶⁸ Empfehlungen sachverständiger Verbände (z.B. die FIS-Schiregeln) können einen Hinweis auf die für Angehörige des relevanten Verkehrskreises erkennbar gebotene Sorgfalt geben.⁶⁹

III. Sozialadäquanz

Eine Haftungsbefreiung bei sozialadäquatem Verhalten spielt im heutigen Haftungsrecht kaum eine Rolle. Zum Teil wird ihr schlicht eine eigenständige Bedeutung abgesprochen,⁷⁰ zum Teil wird auch darauf hingewiesen, dass mit der Üblichkeit eines Verhaltens nicht zwingend die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt einhergehe.⁷¹ Dies unterstreicht den obigen Befund, dass heute grundsätzlich von einem normativen Sorgfaltsmaßstab ausgegangen wird.

Am häufigsten wird noch im Zusammenhang mit Sportverletzungen mit der Sozialadäquanz des schädigenden Verhaltens argumentiert.⁷² Auch hier wird die Erlaubnis zur Risikoerhöhung heute aber vielfach auf eine Abwägung der rechtlich geschützten Interessen gestützt:⁷³ Personen, welche sich freiwillig auf eine Tätigkeit einlassen, die damit notwendigerweise verbundenen wechselseitigen Gefährdungen zu untersagen, kann ihre Handlungsfreiheit übermäßig beschränken, was wiederum insbesondere von der Größe des Risikos, der Zumutbarkeit weniger gefährlichen Verhaltens,

68 Vgl. *Hager* (Fn. 11), § 823 Rn. E 13; *Karner* (Fn. 10), § 1294 Rn. 6; *Fischer/Böhme/Gähwiler* (Fn. 19), Art. 41 Rn. 88.

69 Vgl. *Schaub* (Fn. 22), § 276 Rn. 82; *Kodek* (Fn. 24), § 1297 Rn. 38; *Brehm* (Fn. 17), Art. 41 Rn. 174 f.

70 *Koziol*, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/50; *Kodek* (Fn. 24), § 1294 Rn. 28; ähnlich *Jaun*, Haftung (Fn. 48), S. 417.

71 *Schaub* (Fn. 22), § 276 Rn. 69; ähnlich *K. Schmidt* in: K. Haag (Hrsg.), Geigel – Der Haftpflichtprozess, 28. Auflage, München 2020, Kap. 1 Rn. 56; *Thaler*, Haftung (Fn. 48), S. 159 f.

72 Vgl. etwa RIS-Justiz RS0023039.

73 *Koziol*, HPR I (Fn. 7), Rn. C/1/53; *Kodek* (Fn. 24), § 1294 Rn. 29; *Thaler*, Haftung (Fn. 48), S. 181 f.; vgl. auch *Hager* (Fn. 10), Vor §§ 823 ff. Rn. 50 ff.; *R. Reischauer* (Fn. 26), § 1297 Rn. 8 sowie OGH 8 Ob 51/20p. Auch mit Gewohnheitsrecht wird zum Teil argumentiert: *Reischauer* (Fn. 26), § 1297 Rn. 8; *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991, S. 220.

aber wohl auch vom Grad der Entscheidungsfähigkeit des Geschädigten abhängt.

E. Historische und systematische Überlegungen

I. Ausgangspunkt

Zur Untersuchung des Stellenwerts von Verkehrsanschauung und -übung ist zunächst nach Normen Ausschau zu halten, die unmittelbar zur Beantwortung dieser Frage berufen sind:

In Deutschland ist das die Fahrlässigkeitsdefinition des § 276 Abs. 2 BGB, die auch bei der Haftung nach § 823 BGB maßgeblich ist. Demnach handelt fahrlässig, „wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.“ Dass die „erforderliche“ Sorgfalt geboten ist, deutet zwar auf einen normativen Maßstab hin, der Bezug zum „Verkehr“ relativiert dieses Indiz allerdings.

In den Zivilrechtskodifikationen in Österreich und der Schweiz wird die Fahrlässigkeit nicht definiert. Die Strafgesetzbücher dieser beiden Länder enthalten zwar eine solche Definition (§ 6 öStGB, Art. 12 Abs. 3 schwStGB), die darin jeweils enthaltene Anordnung der „nach den Umständen“ gebotenen Sorgfalt lässt die gegenständliche Frage aber unbeantwortet.⁷⁴ Im ABGB könnte immerhin § 1297 einen Anhaltspunkt bieten: Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass objektive Sorgfaltswidrigkeit dann vorliegt, wenn jener „Grad des Fleißes oder der Aufmerksamkeit“ unterlassen wird, der „bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann.“ Für Sachverständige verlangt § 1299 ABGB mehr als die bloß allgemein gewöhnlichen Fähigkeiten, nämlich „den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse“. Aus alledem folgt freilich kaum mehr, als dass die Fähigkeiten der Maßfigur vom Verkehrskreis abhängen und innerhalb des Verkehrskreises durchschnittliche Fähigkeiten gefordert werden. Das ist auch in Deutschland und der Schweiz unbestritten, wobei hier – anders als wohl in Österreich⁷⁵ – nicht nur höhere Kenntnisse des konkreten Schädigers, sondern auch höhere Fähigkeiten berücksichtigt werden.⁷⁶

74 Vgl. aber die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum öStGB (30 BlgNR 13. GP 68): „besonnener und einsichtiger Mensch“.

75 Koziol, HPR I (Fn. 7), Rn. C/2/43; Reischauer (Fn. 26), § 1297 Rn. 3; vgl. auch Koziol, HPR II (Fn. 37), Rn. A/6/1.

76 Vgl. Caspers (Fn. 11), § 276 Rn. 30; Jaun, Haftung (Fn. 48), S. 200.

II. Historische Rechtslage und Gesetzesgenese

1. Römisch-gemeinrechtliche Tradition

Alle drei untersuchten Zivilrechtsordnungen stehen in weiten Teilen in der Tradition des römischen und gemeinen Rechts. Dort wurde zur Bestimmung der gebotenen Sorgfalt die Maßfigur des *bonus pater familias* (auch *diligens pater familias* und später *ordentlicher Mensch/Mann/Hausvater*) herangezogen.⁷⁷ Wie bereits die Begriffe nahelegen, dürfte es sich dabei zu jeder Zeit um ein normatives Leitbild, um einen „differenzierten Idealtypus“⁷⁸ gehandelt haben.⁷⁹ Dementsprechend wird Verschulden angenommen, „wenn Vorkehrungen nicht getroffen wurden, obwohl sie von einem umsichtigen Menschen getroffen werden konnten“,⁸⁰ wenn unterlassen wird, „was vorsichtige und fleißige Menschen gewöhnlich tun“,⁸¹ oder wenn jemand „die Attention unterläßt, welche ordentliche Menschen gewöhnlich anwenden.“⁸² Umgekehrt sei sorgfältig, wer „das that, was in der Regel ein fleißiger Mann, indem er fleißig ist, gethan hätte.“⁸³ Die Einschränkung,

77 *Deutsch*, Fahrlässigkeit (Fn. 7), S. 10 ff.; *H.-J. Hoffmann*, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, Berlin 1968, S. 9, 77, 117, 160, 181; *H. Dernburg/P. Sokolowski*, System des Römischen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1911, S. 149; *B. Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 6. Aufl., Frankfurt a. Main 1887, S. 324. Zum Sorgfaltsmaßstab siehe auch *B. Winiger* in: U. Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. II, Tübingen 2023, § 92 Rn. 55; *M. J. Schermaier* in: M. Schmoekel/J. Rückert/R. Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Tübingen 2007, §§ 276–278 insb. Rn. 62; *H. Hausmaninger*, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 5. Aufl., Wien 1996, S. 27 f.; *R. Zimmermann*, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, insb. S. 1008 f. sowie besonders ausführlich *B. Winiger*, La responsabilité aquilienne romaine: Damnum Iniuria Datum, Basel/Frankfurt a. Main 1997, S. 116 ff.

78 *Hoffmann*, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 9.

79 Vgl. *N. Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, S. 259 sowie insb. *Hoffmann*, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 9, 77, 117, 160, 181; vgl. auch *Deutsch*, Fahrlässigkeit (Fn. 7), S. 10 ff.; unklar *K. Stypulkowski*, Der bonus pater familias im klassischen Römischen Recht, Hamburg 2017, insb. S. 108, 117, 192, 200 f., 208.

80 D 9.2.31 Paulus libro decimo ad Sabinum: „culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum“; siehe *P. Apathy* in *O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H. H. Seiler* (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung, Bd. II, Heidelberg 1995, S. 756.

81 *A. Alcinius*, Cons. 5, 133 n. 6: „quod prudentes et diligentes homines communiter facerent“, zitiert nach *Hoffmann*, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 78 Fn. 502.

82 *L. J. F. Höpfner*, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 6. Aufl., Frankfurt a. Main 1798, S. 778.

83 *J. C. Hasse*, Die Culpa des Römischen Rechts, 2. Aufl., Bonn 1838, S. 70.

dass es um das Verhalten umsichtiger, vorsichtiger, ordentlicher und fleißiger Menschen geht, deutet klar auf einen normativen Maßstab hin.⁸⁴

Zugleich wird aber mitunter angemerkt, dass bei der Bestimmung des hypothetischen Verhaltens dieser Maßfigur Sitten durchaus zu berücksichtigen sind:⁸⁵ Man müsse sich „in die gegenwärtigen Sitten, in die Anschauungen, wie sie gegenwärtig im Verkehr herrschen, hineinversetzen, und davon ausgehend mit Beziehung auf den concreten Fall untersuchen, welche Vorsichtsmaßregeln, Vorkehrungen u. s. w. in einem solchen Fall von Männern angewendet zu werden pflegen, die man als sorgsame, fleißige, tüchtige Männer betrachtet.“⁸⁶

Bedenkt man, dass „sorgsame, fleißige, tüchtige Männer“ eben gerade nicht bloß durchschnittlich sind, dürfte aber wohl unzweifelhaft gewesen sein, dass die Maßfigur Verkehrssitten nicht blind folgt, sondern sie nur bei der Bestimmung des gebotenen Verhaltens nach dem ihr inhärenten Sorgfaltsideal mitbedenkt: „Die Berücksichtigung des Ortsgebrauchs darf [...] nicht so weit gehn, daß eine, sei es auch in weiten Kreisen eingerissene entschiedene Nachlässigkeit vom Richter als *diligentia* aufgefaßt wird.“⁸⁷

2. Genese der Fahrlässigkeitsdefinition im BGB

Dieses Verständnis wurde offenbar auch § 276 Abs. 2 BGB zugrunde gelegt: Nachdem man dort zunächst noch die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters hatte vorschreiben wollen, war man im Sinne einer moderneren und allgemeineren Formulierung zwischenzeitig auf die „im Verkehr übliche Sorgfalt“ umgeschwenkt.⁸⁸ Dagegen bestanden in der Kommission jedoch mehrheitlich Bedenken, da „der Irrthum nahe liege, als ob unter

84 Vgl. auch *F. Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht III – Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, Braunschweig 1855, S. 364: „Ein diligens paterfamilias wird [...] je nachdem die Gefahr, [...] daß ein Schaden entstehe, größer oder geringer ist, größere oder geringere Vorsichtsmaßregeln anwenden“.

85 *Hasse*, Culpa (Fn. 83), S. 104; *J. Baron*, Die Haftung bis zur höheren Gewalt, AcP 78 (1892) 203 (231). *Stypulkowski*, bonus paterfamilias (Fn. 79), S. 191, 200 f.

86 *Mommsen*, Culpa (Fn. 84), S. 363.

87 *Mommsen*, Culpa (Fn. 84), S. 363 Fn. 5; dazu auch *Hoffmann*, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 181; ähnlich *E. Brodmann*, Ueber die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers, AcP 99 (1906) 327 (348 f.); allenfalls a.A. *Baron*, Haftung (Fn. 85), 231: „prüft nicht das, was ihm von Sitte und Gewohnheit auferlegt ist, nach seinem inneren Gehalt“; *Stypulkowski*, bonus paterfamilias (Fn. 79), S. 200 f.

88 *Deutsch*, Fahrlässigkeit (Fn. 7), S. 16; *Hoffmann*, Fahrlässigkeit (Fn. 77), S. 183. Vgl. auch *E. Barnert*, Der eingebilddete Dritte, Tübingen 2008, S. 121 ff., 127 f.

Umständen auch ein im Verkehr eingerissener Schlendrian beachtet werden dürfe. [...] Vielmehr komme es darauf an, welches Maß von Sorgfalt der gesunde und normale Verkehr im Allgemeinen für erforderlich halte“.⁸⁹ Die Gesetz gewordene Formulierung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ bringt denn auch einerseits zum Ausdruck, dass grundsätzlich ein normativer Maßstab anzulegen ist, mithin ein „eingerissener Schlendrian“ nicht befreiend wirkt, andererseits bleibt eine – in ihrer Reichweite freilich unbestimmte – Bezugnahme auf den Verkehr erhalten.⁹⁰ Wenn heute in den drei untersuchten Rechtsordnungen Verkehrssitten zwar vielfach ins Spiel gebracht werden, durch die einheitliche Ablehnung der Berücksichtigung von Unsitten letztlich aber doch ein normativer Maßstab ausgedrückt wird, manifestiert sich darin somit eine Spannung, die bereits im gemeinen Recht bestand und im BGB geradezu festgeschrieben wurde.

3. Historische Anhaltspunkte zu OR und ABGB

Die geschilderte gemeinrechtliche Tradition ist auch im schweizerischen Recht relevant, soweit man den – gesetzlich nicht definierten – Fahrlässigkeitsbegriff in der Nachfolge des *bonus pater familias* verortet.⁹¹

Zum österreichischen Recht sind dafür kaum Hinweise ersichtlich. Zeiller, Hauptredaktor des ABGB, bemerkt freilich, dass „der schuldige Fleiß [...] nach den gewöhnlichen Fähigkeiten der Einwohner überhaupt zu beurtheilen sey; wobey der Richter theils auf sein eigenes inneres Bewußtseyn, theils auf die, durch den Gemeinsinn und das allgemeine Betragen der Mitbürger gegebene, äußere Erfahrung Rücksicht nehmen wird. [...] Unsere Gesetzgebung [...] beurtheilet die Einwohner nicht nach einem hohen, abstracten Ideale, sondern nach dem, wie sie im Allgemeinen beschaffen sind; und nimmt eben aus der allgemeinen Sinnes- und Handlungsart billiger Weise an, daß sie im Durchschnitte unter den gegebenen Umständen und Bildungsanstalten [...] nicht wohl anders beschaffen seyn können“.⁹² Damit soll aber wohl nur verdeutlicht werden, was § 1297 ABGB ohnehin recht klar anordnet und was von Zeiller auch in den Protokollen

89 A. Achilles/A. Gebhard/P. Spahn (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, Berlin 1898, S. 604.

90 Vgl. Brodmann, Fahrlässigkeit (Fn. 87), 348 f.

91 Vgl. die Nw. in Fn. 41.

92 F. v. Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III/2, Wien/Triest 1813, S. 711 f.

der Hofkommission festgehalten ist, nämlich „daß man von den Menschen nicht unter allen Umständen, wo die Rechte anderer Gefahr laufen, den höchsten Grad von Erfahrungheit und Aufmerksamkeit fordern könne, [...] den Begriff von Versehen nicht zu hoch anhebe, sondern ihn den gewöhnlichen, und billig vorauszusetzenden Fähigkeiten [...] anzupassen suche.“⁹³ Dass es auf die Fähigkeiten und Kenntnisse des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers ankommt, ist heute freilich ohnehin unbestritten. Ob das „allgemeine Betragen“ nicht nur diese Fähigkeiten und Kenntnisse indizieren kann, sondern darüber hinaus das Verhalten der Maßfigur bestimmt, geht aus den zitierten Passagen wohl nicht hervor.

III. Systematische Erwägungen

1. Grundrechtsschutz

In allen drei untersuchten Rechtsordnungen spricht ein systematisches Argument für einen zumindest im Groben normativen, sittenunabhängigen Sorgfaltsmaßstab: die weitgehende grundrechtliche Absicherung der haftungsrechtlich geschützten Rechtsgüter. Dass Eingriffe in Grundrechte unabhängig von den Voraussetzungen des jeweiligen Eingriffsvorbehalts und der damit verbundenen Verhältnismäßigkeitsprüfung immer schon dann erlaubt sein sollen, wenn das Verhalten im Einklang mit der Verkehrssitte steht, würde dem Zweck der Grundrechte diametral entgegenstehen, Eingriffe in die höchsten Güter an enge Voraussetzungen zu binden und damit auch Schutz vor einem gegenläufigen Mehrheitswillen zu garantieren. Bedenkt man, dass der Staat die Grundrechte auch vor Eingriffen Dritter zu schützen hat,⁹⁴ spricht dies zumindest in Fällen besonders eingriffsintensiver „Unsitten“ klar gegen ein Abstellen auf das Verkehrsverhalten, würde dies doch dem verfassungsrechtlichen Auftrag widersprechen, den Rechtsgüterschutz – und damit den Grundrechtsschutz – auch dort sicherzustellen, wo eine Gefährdung gemessen am Individualinteresse des

93 J. Ofner (Hrsg.), *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. II, Wien 1889, S. 183; vgl. dort auch S. 187.

94 Vgl. Ch. Calliess in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, Heidelberg 2006, § 44 Rn. 4; W. Berka/Ch. Binder/B. Kneihls, *Die Grundrechte*, 2. Aufl., Wien 2019, S. 37; R. Kiener/W. Kälin/J. Wytenbach, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018, S. 35 ff.

Durchschnittsmenschen opportun, bei objektiv-abwägender Betrachtung aber unverhältnismäßig ist. Dass eine solche Verletzung von Schutzpflichten dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, ist auch insoweit zu berücksichtigen, als die zivilrechtlichen Sorgfaltsgebote zeitlich vor dem jeweiligen Grundrecht erlassen wurden: Dies zum einen, weil mangels näherer zivilrechtlicher Regelung der gebotenen Sorgfalt ohnehin von einem dynamischen Verweis auf die übrige Rechtsordnung auszugehen ist, zum anderen, weil angesichts dieser Offenheit und der Deutlichkeit des drohenden Normenkonflikts alternativ ohne Weiteres ein mit der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte begründbarer Funktionswandel angenommen werden könnte.⁹⁵

Im grundrechtlichen Zusammenhang ist auch auf die höhere Willküranfälligkeit hinzuweisen, die mit einem Anknüpfen an die Verkehrssitte einhergeht, zumal Sitten in Entscheidungen nur äußerst selten statistisch belegt, sondern meist bloß behauptet werden. Unter diesem Deckmantel etwa einem angeblichen „gesunden Volksempfinden“⁹⁶ Bedeutung zu verschaffen, erscheint leichter, als dies dann der Fall ist, wenn mit konkreten Anhaltspunkten in der Rechtsordnung und mit rational zumindest vergleichsweise gut nachvollziehbaren Kriterien wie der Gefährlichkeit des Verhaltens argumentiert werden muss.⁹⁷ Gänzlich ausschließen kann man die Gefahr von Willkür und Rechtsbeugung freilich nie, Transparenz in der Entscheidungsfindung erscheint aber tauglich, die Bedrohung immerhin zu verringern.

2. Ausdrückliche Beschränkung der Rolle von Verkehrssitten im ABGB

In Österreich fällt mit § 10 ABGB ein weiteres systematisches Indiz ins Auge:⁹⁸ „Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.“ Ursprünglich sollte damit zur Rechtsvereinheitlichung in der überaus heterogenen Donaumonarchie vor allem das Gewohnheitsrecht abgeschafft werden.⁹⁹ Der Begriff der

95 Zum Funktionswandel ausführlich *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 73), insb. S. 579 ff.

96 Dazu *B. Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968, S. 218.

97 Zur Willkürgefahr bei Maßfiguren vgl. auch *Schmid*, Der maßgerechte Mensch (Fn. 49), 440.

98 In dieselbe Richtung deuten freilich Art. 18 Abs. 1 B-VG sowie Art. 20 Abs. 2 GG; vgl. *Schaub* (Fn. 22), § 276 Rn. 82.

99 Vgl. *G. Kodek* in: P. Rummel/M. Lukas (Hrsg.), ABGB, 4. Aufl., Wien 2015, § 10 Rn. 7.

„Gewohnheiten“ umfasste aber schon ursprünglich auch Verkehrssitten¹⁰⁰ – auf diese wird die Bestimmung auch heute noch angewendet.¹⁰¹ Nun könnte man freilich behaupten, dass das haftungsrechtliche Sorgfaltsgebot implizit auf die Verkehrssitte verweise. Dies würde aber nicht nur dem offensichtlichen Zweck des § 10 ABGB widersprechen, die Berufung auf Verkehrssitten nur bei einer klaren gesetzgeberischen Entscheidung dafür zuzulassen, sondern ist auch mit Blick auf die Redaktionsgeschichte abzulehnen: Während Gewohnheiten nach dem Urentwurf nämlich immerhin noch bei der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen waren,¹⁰² wurde davon in weiterer Folge bewusst abgegangen.¹⁰³ Dass konkrete Hinweise auf eine Beachtlichkeit der Verkehrssitte bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs im ABGB fehlen, spricht demnach klar für eine normative Beurteilung.¹⁰⁴

3. Gewohnheitsrechtliche Sorgfalt Konkretisierung

Nimmt man an, dass grundsätzlich auch eine Konkretisierung von Sorgfaltspflichten durch Gewohnheitsrecht in Betracht kommt, könnten Verkehrssitten auf diesem Wege Geltung erlangen, sofern eine entsprechende Rechtsüberzeugung vorliegt. An dieser wird es jedoch allermeist fehlen: Einerseits wird der Verkehr immerhin bei Obliegenheiten nur selten eine Vorstellung von den damit verbundenen Rechtsfolgen haben. Die Anschau-

100 Vgl. J. Ofner (Hrsg.), *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. I, Wien 1889, S. 27.

101 *Kodek* (Fn. 99), § 10 Rn. 4.

102 Urentwurf I § 22, siehe Ofner, *Protokolle I* (Fn. 100), S. IV.

103 Ofner, *Protokolle I* (Fn. 100), S. 25 ff. Bei der Annahme, dass ein Begriff „nach einer Auslegung unter Berücksichtigung des gemeinhin Üblichen verlangt“ (*J. Kehrer* in: A. Fenyves/F. Kerschner/A. Vonkilch (Hrsg.), *ABGB (Klang)*, 3. Aufl., Wien 2014, § 10 Rn. 6) ist daher besondere Zurückhaltung geboten. Für eine stärkere Berücksichtigung von „sozialethischen Regeln“ bei der Auslegung von Generalklauseln dagegen *Bydlinski*, *Methodenlehre* (Fn. 73), S. 583, der bei der Sorgfaltsprüfung freilich eine „normative Korrektur“ der Verkehrssitte verlangt: *Bydlinski*, *System* (Fn. 44), S. 198.

104 Auch § 1320 Abs. 2 ABGB führt zu keiner Aufwertung von Verkehrsnormen und -sitten: Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (623 BlgNR 26. GP) haben die im Gesetz erwähnten Standards bloß den FIS-Regeln vergleichbare Bedeutung. Ebenso unproblematisch ist der explizite Verweis auf die Verkehrsübung in Abs. 2 S. 3, soll damit nach den Erläuterungen doch lediglich ausgedrückt werden, dass bei der Bestimmung der Sorglosigkeit zu berücksichtigen ist, „was in Alm- und Weidegebieten verkehrsbüchlich ist, womit also vernünftiger Weise gerechnet werden kann.“ Eine solche – aufgrund der bloßen Tatbestandswirkung nicht im herkömmlichen Sinn normative – Kraft kommt dem Faktischen freilich immer zu; vgl. unten G.I.3.

ung, dass ein bestimmtes sorgloses Verhalten vertretbar sei, wird sohin kaum je mit einer Rechtsüberzeugung hinsichtlich einer Haftungsminde- rung wegen Mitverschuldens einhergehen. Andererseits wird hier, aber auch bei der Sorgfalt gegenüber fremden Rechtsgütern nur selten eine *allgemeine* Rechtsüberzeugung bestehen, sondern diese meist lediglich die Verpflichteten erfassen: Welcher Patient hat schon konkrete Vorstellungen über die vom Arzt zu prästierende Sorgfalt? Damit entfällt nicht nur eine Voraussetzung zur Entstehung von Gewohnheitsrecht, sondern wird auch offensichtlich, dass ein Abstellen auf Anschauung und Übung des Verkehrs vielfach die Gemeinschaft potenzieller Schädiger zum Richter über den Schutz der Gefährdeten machen würde.

*F. Schlussfolgerungen*¹⁰⁵

Die vorstehende Untersuchung hat keine historischen oder systematischen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Sorgfaltsgebots pauschal auf die Verkehrsauffassung verweisen würde. Im Gegenteil: Es entspricht der gemeinrechtlichen Tradition, dass grundsätzlich ein normativer Maßstab anzulegen ist und „Unsitten“ unbeachtlich sind. Für das BGB wird dies im Wortlaut des § 276 Abs. 2 angedeutet und unmissverständlich in den Protokollen zum Ausdruck gebracht. Ein klares systematisches Indiz gegen einen sittenbezogenen Sorgfaltsmaßstab findet sich in Österreich in § 10 ABGB sowie in allen drei Rechtsordnungen in den grundrechtlichen Schutzpflichten.

Auch objektiv-teleologisch ist es dem Gesetzgeber kaum zusinnbar, zwar zunächst den Schutz bestimmter Rechtspositionen anzuordnen, es dann jedoch der Willkür der Mehrheit anheimzustellen, inwieweit sich dieser Schutz entfalten kann. Die Entscheidungen des realen Durchschnittsmen- schen, ein bestimmtes Verhalten für vernünftig zu erachten oder selbst zu befolgen, zielen ja nicht auf einen ausgewogenen Rechtsgüterschutz ab, sondern berücksichtigen neben rechtlichen auch außerrechtliche Normen, deren Sanktionen sowie sonstige persönliche Nützlichkeitsabwägungen und gewichten diese nach Belieben. Dem Durchschnittsmenschen mag daher auch eklatant rechtswidriges, aber etwa wenig sanktioniertes Verhalten im Einzelfall vernünftig anmuten. Überschreitet die Verkehrsanschauung

105 Vgl. z.T. bereits meine Anm. zu OGH 2 Ob 52/21t und 2 Ob 98/21g; S. Jahn, ZVR 2022, 310 (313 ff.).

mitunter aber sogar die offensichtlichen Schranken des Gesetzes, erscheint sie kaum tauglich, die dazwischenliegenden Auslegungsspielräume stets im Einklang mit den rechtlichen Wertungen auszufüllen.

Ebenso klar ist aber, dass nicht die äußerst mögliche Sorgfalt geboten ist, würde dies doch die zum Genuss eigener Rechtsgüter notwendigen, ganz und gar alltäglichen Gefährdungen fremder Rechtsgüter auch bei Verhältnismäßigkeit des eingegangenen Risikos verbieten, damit wechselseitig zu völliger Unfreiheit führen und den angestrebten Rechtsgüterschutz gerade nicht erreichen. Ebendies soll vermieden werden, indem darauf abgestellt wird, wie sich ein „ordentlicher und gewissenhafter Verkehrsteilnehmer“, ein „maßgerechter Durchschnittsmensch“ oder ein „bonus paterfamilias“ in der konkreten Lage verhalten hätte. Eine solche Maßfigur wird bei Fehlen konkreter rechtlicher Vorgaben die allgemeine Bewegungsfreiheit mit kollidierenden Rechtsgütern abwägen und dabei insbesondere die Gefährlichkeit des fraglichen Verhaltens, den Rang der betroffenen Güter sowie die Zumutbarkeit weniger gefährlichen Verhaltens berücksichtigen.¹⁰⁶ Nur wenn die Verkehrsanschauung das Ergebnis dieser Abwägung widerspiegelt, deckt sie sich mit der entsprechenden Rechtsnorm. Ist sie hingegen nicht in diesem Sinne „sachrichtig“, so ist die Rechtsnorm zwar ineffektiv, aber dennoch gültig, und daher die Verkehrssitte „als nicht billigenswert abzulehnen“.¹⁰⁷

Als Konstrukt zur Abgrenzung rechtlicher Schutzbereiche entspricht die Maßfigur damit zwar in ihren Fähigkeiten und Kenntnissen dem durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer, nicht jedoch in ihrer normativen Determinierung, die allein rechtlicher Art ist. Es ist also hinreichend, dass ein realer Durchschnittsmensch die im Rahmen der Abwägung relevanten Tatsachen sowie die einschlägigen rechtlichen Wertungen erkennen und daraus ableiten kann, welches Verhalten rechtlich geboten ist. Das ist auch dann möglich, wenn eine gegenläufige Verkehrsanschauung besteht, diese aber entweder auf einer bewussten Abweichung vom allgemeinen Sorgfaltsmaßstab beruht, oder die Verkehrsanschauung in vorwerfbarer Weise nicht auf ihre Übereinstimmung mit dem rechtlichen Sorgfaltsgebot überprüft wird. Gerade soweit die Sorgfalt gegenüber absolut geschützten

106 Vgl. die Nw. in Fn. 65-67.

107 Welser, Haftungsprobleme (Fn. 44), S. 444, 465.

Rechtsgütern betroffen ist,¹⁰⁸ bleibt hier wenig Raum für die Annahme eines haftungsbefreienden Rechtsirrtums.¹⁰⁹

Auch dass der Richter Kind seiner Zeit ist und bei Abwägungsentscheidungen *volens nolens* herrschende Sorgfaltsvorstellungen berücksichtigt, spricht nicht für einen sittenbezogenen Sorgfaltsmaßstab jenseits des Unvermeidlichen, sondern ist ohnehin dadurch gedeckt, dass ja auch die Maßfigur bloß mit durchschnittlichen Kenntnissen und Fähigkeiten ausgestattet und entsprechend beeinflusst ist.

Selbst bei eingriffsintensiven Bräuchen führt der Verzicht auf den Import außerrechtlicher Wertungen nicht zu problematischen Ergebnissen. So kann etwa beim Maibaumstehlen, wo auf die Sozialadäquanz des Verhaltens verwiesen wurde,¹¹⁰ wie bei Sportverletzungen (oben D.III.) mit der freiwilligen Einlassung auf ein Spiel argumentiert werden: Zur allgemeinen Handlungsfreiheit gehört es eben auch, sich auf Tätigkeiten einzulassen, die Eingriffe durch andere mit sich bringen. Wer die Hand zum Gruß ausstreckt, muss das folgende Schütteln derselben hinnehmen. Eine Haftung bei verhältnismäßigen mit einem Spiel verbundenen Eingriffen anzunehmen, würde die Handlungsfreiheit beider Parteien untergraben. Soweit der Anschein auf Einlassung in eine mit Eingriffen verbundene Tätigkeit besteht, kann abhängig von der Eingriffsintensität und wohl auch vom Grad der Entscheidungsfähigkeit des Geschädigten trotz Anwendung eines rein normativen Maßstabs eine Haftung ausscheiden, ohne dass erst ein konkludenter Haftungsverzicht zu prüfen wäre.

Wie gezeigt, folgt auch die herrschende Meinung letztlich dem dargelegten normativen Sorgfaltsmaßstab. Dass Sitten und Anschauungen dennoch immer eine gewisse, nicht klar umrissene Bedeutung zuerkannt wurde, soll im Folgenden mit ihrer Indizwirkung erklärt werden.

108 Vgl. *H. Koziol*, Rechtsunkenntnis und Schadenszurechnung, Wien 2022, insb. Rn. 367.

109 Zum verbreiteten strengen Maßstab vgl. *G. Wagner* (Fn. 44), § 823 Rn. 59; *Kodek* (Fn. 24), § 1297 Rn. 13. Vgl. auch *Oftinger/Stark*, HPR I (Fn. 17), § 5 Rn. 37, wonach ein Rechtsirrtum offenbar überhaupt nicht schuldbefreiend sein kann.

110 *Deutsch*, Haftungsrecht (Fn. 48), Rn. 293. Nicht gemeint ist der angebliche Brauch des Stehlens eines Stammes zur Errichtung des Maibaums; vgl. dazu *H. Gebauer*, Strafrechtliches um den Maibaum, *ÖJZ* 1951, 189.

G. Indizwirkung der Verkehrsanschauung

I. Gründe

1. Effektivität des rechtlichen Sorgfaltsgebots

Für eine Indizwirkung der Verkehrsanschauung spricht zunächst die typische Rechtstreue ihrer Träger und damit die Effektivität der Sorgfaltspflichten. Ein ähnlich ausgestaltetes Sorgfaltsgebot ist ja auch den meisten außerrechtlichen Normensystemen immanent, weshalb neben rechtlichen Sanktionen oft auch gesellschaftliche Konsequenzen drohen und dem Durchschnittsmenschen sorgfältiges Verhalten meist somit auch dann vernünftig erscheint, wenn er mit den rechtlich geschützten Werten nicht ebenso verbunden ist wie die Maßfigur. Fehlt die beschriebene Normenkongruenz und sind auch kaum rechtliche Sanktionen zu befürchten, schwindet freilich die Effektivität der Sorgfaltspflicht und damit auch die Indizkraft der Verkehrsanschauung.

2. Zugrundelegung durchschnittlicher Kenntnisse und Fähigkeiten

Weiters beruht die Indizkraft der Verkehrsanschauung darauf, dass sie vom Erkenntnishorizont des Durchschnittsmenschen ausgeht, der ja auch nach dem beschriebenen normativen Maßstab (oben D.II.) relevant ist. Niemand weiß besser, was mit den in einem bestimmten Verkehrskreis durchschnittlichen Kenntnissen und Fähigkeiten an Sorgfalt angewandt werden kann, als der durchschnittliche Verkehrsteilnehmer selbst. Soweit ihm im Einzelfall ein hinreichender Wille zur Einhaltung des rechtlichen Sorgfaltsgebots unterstellt werden kann, gibt die Verkehrsanschauung daher einen besonders starken Anhaltspunkt für die zu prästierende Sorgfalt. Wo ein solcher Wille zweifelhaft ist, kann immerhin die Verkehrsanschauung hinsichtlich einzelner maßgeblicher Umstände vom Richter als Hinweis auf den Erkenntnishorizont der Maßfigur berücksichtigt werden. Dies betrifft etwa Anschauungen über die Größe von Gefahren oder über die Wirksamkeit bestimmter Schutzmaßnahmen. Auch hier ist aber zu beachten, dass in gefährlichen Situationen eine Pflicht zur Erweiterung des Erkenntnishorizonts bestehen kann.¹¹¹ Es kommt dann nicht darauf an, ob dem Durchschnittsmenschen etwa die Wirksamkeit einer Maßnahme

111 Vgl. Spindler (Fn. 11), § 823 Rn. 414.

bekannt war, sondern ob ihm erkennbar war, dass er sich darüber informieren hätte müssen.

3. Sitten als gefahrenerhöhendes Sachverhaltselement

Die wichtigste Rolle, die Verkehrssitten bei der Bestimmung der gebotenen Sorgfalt zukommt, liegt freilich auf Sachverhaltsebene: Sitten gehen mit der Erwartung einher, dass sie eingehalten werden. Der Verkehr stellt sein Verhalten im Vertrauen darauf ein. Wird dieses Vertrauen enttäuscht, kann das eine Gefährdung absolut geschützter Güter zur Folge haben. Mit Blick darauf kann eine Missachtung der Verkehrssitte auch unter Zugrundelegung eines rein normativen Maßstabs sorgfaltswidrig sein: Die Sitte verändert hier lediglich die Gefahrenlage und damit den Sachverhalt. Ein Rechtsfahrgebot oder Anforderungen an die Stabilität von Geländern können sich auf diese Weise nicht nur aus Schutzgesetzen ergeben, sondern auch aus dem faktischen Zusammenhang zwischen einer Verkehrserwartung und Gefahren für absolut geschützte Rechtsgüter.¹¹²

Dies setzt zunächst voraus, dass der Maßfigur der beschriebene Zusammenhang erkennbar ist, was fast immer der Fall sein wird: Nachdem die Verkehrssitte auf den Durchschnittsmenschen abstellt, liegt sie innerhalb des Erkenntnishorizonts der Maßfigur. In den meisten Fällen wird die Maßfigur sodann auch die mit einem abweichenden Verhalten einhergehenden Gefahren problemlos erkennen können.

Das allein führt freilich noch nicht zur Pflicht, der Verkehrssitte zu entsprechen. Der gebotene Umgang mit den Gefahren, die bei abweichendem Verhalten drohen, ist erst nach einem normativen Maßstab zu bestimmen. Bei aufwandsneutralen Sitten wie jener des Rechts- oder Linksverkehrs ist das unproblematisch; soweit Sicherheitserwartungen aber bei abwägender Betrachtung anhand der rechtlichen Wertungen überzogen erscheinen, ist ihnen nicht ohne Weiteres nachzukommen, sondern sind sie nur im Rahmen des Zumutbaren zu berücksichtigen.¹¹³ Anstatt der Sitte zu entsprechen, kann es dann etwa ausreichen, die Gefahr durch ein Warnschild zu reduzieren, bis sich die Sicherheitserwartung an das angemessene Maß angepasst hat und somit die sittenbedingte Gefahrenerhöhung als Sachverhaltselement entfallen ist. Die Sitte entfaltet somit auch hier bloß Indizwirkung und beeinflusst nicht direkt den Sorgfaltsmaßstab. Wenn die

112 Vgl. *Welser*, Haftungsprobleme (Fn. 44), S. 445 f.

113 Vgl. auch *G. Wagner* (Fn. 44), § 823 Rn. 482 f.

herrschende Meinung zwar letztlich einem normativen Sorgfaltskonzept folgt, zugleich aber häufig auf die Verkehrssitte verweist, dürfte damit in Wahrheit die hier geschilderte Reflexwirkung der Verkehrssitte als Teil des Sachverhalts angesprochen sein.

Die einhellige Ablehnung von „Unsitten“ (oben D.I.1.) macht umgekehrt klar, dass unangemessen niedrige Sicherheitserwartungen nicht zu laxeren Sorgfaltspflichten führen. Spiegelbildlich zu den genannten Gründen liegt das daran, dass solche Sitten die Gefahr nicht hinreichend reduzieren oder rechtlich garantierte Freiheitsräume übermäßig verengen. Sofern etwa Schlüssel in Autowerkstätten üblicherweise unsicher verwahrt werden,¹¹⁴ führt dies selbstverständlich auch dann zu keiner geringeren Diebstahlsgefahr, wenn der Durchschnittskunde mit dieser Unsitte vertraut ist und daher eine niedrige Sicherheitserwartung hat.

II. Indizwirkung beim Mitverschulden¹¹⁵

Bedenkt man die genannten Gründe (G.I.), wird klar, warum der Verkehrssitte ausgerechnet beim Mitverschulden keine besonders starke Indizwirkung zukommt, obwohl ihr die Rechtsprechung hier vergleichsweise großes Gewicht einzuräumen scheint (oben D.I.2.): Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten ist nicht nur rechtlich erlaubt, sondern häufig auch kaum mit einem sozialen Unwerturteil verbunden. Lediglich bei besonders gefahrträchtigem Verhalten wird die Indizwirkung der Verkehrsanschauung ähnlich stark wie beim Verschulden sein, weil der real drohende Schaden und die mit ihm verbundenen rechtlich-wirtschaftlichen Folgen der Obliegenheitsverletzung dann Sanktion genug sind, um eine vergleichbar hohe Effektivität des Sorgfaltsgebots zu erreichen. Ist das Risiko hingegen überschaubar, wird der Verkehr hier oft freiheitsbetont eine größere Bandbreite an Verhaltensweisen noch als vernünftig erachten, zumal sorgloses Verhalten allenfalls sogar sozial attraktiv oder zumindest bequemer ist.¹¹⁶ Dem Durchschnittsmenschen mag in solchen Fällen eine stärkere Gewichtung der Bewegungsfreiheit etwa gegenüber der eigenen körperlichen Un-

114 OGH 3 Ob 594/83.

115 Siehe bereits S. Jahn, ZVR 2022, 310 (313 ff.).

116 Treffend betont *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt (Fn. 6), S. 55, dass „das Verhalten des großen Durchschnittes erfahrungsgemäß zur Laxheit tendiert und in bestimmten Fällen sogar ausgesprochen bedenklich sein kann.“

versehrtheit vertretbar erscheinen, obwohl eine bloß rechtlichen Wertungen verbundene Abwägung zu einem anderen Ergebnis kommt. Soll das Mitverschulden zu einer gleichmäßigen Berücksichtigung der Sorgfalt des Geschädigten mit jener des Schädigers führen, ist es entsprechend der herrschenden Gleichbehandlungsthese (oben D.I.2.) aber nach denselben Grundsätzen zu bestimmen wie das Verschulden, weil nur so eine gänzliche Abwälzung des in Kauf genommenen erhöhten Risikos auf den Schädiger verhindert werden kann. Auch und gerade hier ist somit nicht die Verkehrsanschauung entscheidend, sondern ein normativer Sorgfaltsmaßstab.¹¹⁷

Ein allgemeines Bewusstsein kann die Zurechnung daher nur insoweit begrenzen, als es den Erkenntnishorizont der Maßfigur – etwa hinsichtlich der Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen – bestimmt,¹¹⁸ nicht jedoch, insofern es auf der Inkaufnahme stärkerer Selbstgefährdung beruht und daher dem Durchschnittsmenschen trotzdem erkennbar ist, dass die Schutzmaßnahme aufgrund einer Abwägung anhand des auch gegenüber fremden Gütern geltenden rechtlichen Maßstabs geboten ist, es also „zwar eigentlich vernünftig“ wäre, höhere Sorgfalt einzuhalten, er zugunsten größerer Bewegungsfreiheit aber eine von einer solchen Abwägung abweichende Entscheidung in der Annahme trifft, dass ein sorgloseres Verhalten ja keinem anderen schade und jeder selber wissen müsse, wie lieb ihm jene Güter sind, mit denen er nach Willkür schalten darf. Wer sich für sorgloseres Verhalten entscheidet und damit ein höheres Risiko in Kauf nimmt, muss dieses auch selbst tragen und sich ein entsprechendes Mitverschulden zu-rechnen lassen.

117 Ausdrücklich für einen normativen Maßstab beim Mitverschulden auch *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit (Fn. 61), S. 345 ff. Auf diesem Boden erscheint es nicht überzeugend, auf explizite Anordnungen des Gesetzgebers zu warten, solange die „allgemeine Verkehrsauffassung nicht eindeutig“ ist, weil dann „(noch) keine berechtigten Erwartungen“ bestünden. So aber *D. Looschelders*, LMK 2014, 362735. Dies würde zu einer unsachlichen Ungleichbehandlung mit der Verschuldensprüfung führen, wo übliche Nachlässigkeit zu Recht allgemein unbeachtet bleibt (oben D.I.1.), und würde die Rolle der Verkehrserwartung (oben G.I.3.) über-bewerten.

118 Berücksichtigt man bei der Prüfung der gegenüber fremden Gütern gebotenen Sorgfalt überdurchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten des Schädigers (vgl. oben E.I.), muss dies freilich auch beim Mitverschulden gelten: *Oetker* (Fn. 50), § 254 Rn. 35; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit (Fn. 61), S. 344 f.; bzgl. höherer Kenntnisse *Reischauer* (Fn. 26), § 1304 Rn. 1a.

H. Ergebnisse

Der Gesetzgeber hat die Ausgestaltung des Sorgfaltsgebots nicht an die Sittengemeinschaft delegiert. Es kommt also nicht auf das Verhalten eines *realen* Durchschnittsmenschen an. Ein Verweis auf Verkehrsanschauung oder Sozialadäquanz ist daher irreführend (F.).

Vielmehr ist mit der in Deutschland, Österreich und der Schweiz im Ergebnis herrschenden Meinung danach zu fragen, wie sich ein *maßgerechter* Durchschnittsmensch in der konkreten Lage verhalten hätte (D.). Dieser entspricht zwar in seinen Fähigkeiten dem realen Durchschnitt der relevanten Vergleichsgruppe, nicht jedoch in seiner normativen Determinierung, die allein rechtlicher Art ist (F.). Eine solche Maßfigur wird bei Fehlen konkreter rechtlicher Vorgaben die Bewegungsfreiheit mit den sonstigen Rechtsgütern abwägen und dabei insbesondere die Gefährlichkeit des fraglichen Verhaltens, den Rang der betroffenen Güter sowie die Zumutbarkeit weniger gefährlichen Verhaltens berücksichtigen (D.II.).

Der Verkehrsanschauung kann jedoch immerhin Indizwirkung zukommen. Stark ist diese häufig bei der Bestimmung des Erkenntnishorizonts der Maßfigur. Dies gilt insbesondere bei Gefahren, die aus der Nichterfüllung verbreiteter Sicherheitserwartungen resultieren. Besonders schwach ist die Indizwirkung hingegen meist dort, wo eine bloße Obliegenheitsverletzung in Frage steht (G.).