

A. Einführung

Die Zukunft ist unsicher. Schon ein Abgleich der jüngsten Wetterprognose mit einem flüchtigen Blick aus dem Fenster bestätigt nur allzu oft die Binsenweisheit, dass Vorhersagen nicht in jedem Fall eintreffen.¹ Während aber die alltäglichen Auswirkungen von solcherlei Fehlprognosen² zumeist noch überschaubar sein werden, können rechtliche Fehlprognosen auch im Privatrecht deutlich gravierendere Konsequenzen nach sich ziehen. Die Entscheidung darüber, ob ein Unternehmen aufgrund einer negativen Fortführungsprognose zu liquidieren (§ 18 AktG), Eltern aufgrund der Prognose einer Kindeswohlgefährdung das Sorgerecht zu entziehen (§ 1666 BGB) oder ein Arbeitgeber aufgrund einer Unzumutbarkeitsprognose zur fristlosen Kündigung eines Arbeitnehmers berechtigt ist (§ 626 Abs. 1 BGB), lässt mitunter schwere Eingriffe in elementare Rechtspositionen der Betroffenen zu und verlangt allein deshalb nach möglichst klaren Entscheidungskriterien zur adäquaten Bewältigung der zweifellos bestehenden Unsicherheiten.

Der Umgang mit Unsicherheiten jedoch bereitet dem gerade auf die Eliminierung ebensolcher bedachten Juristen offenkundig Unbehagen.³ Dies mag einer der Gründe dafür sein, dass Prognoseproblematiken insbesondere in der privatrechtlichen Rechtsdiskussion bisher eher kursorisch behandelt wurden und einer übergreifenden monografischen Aufarbeitung ermangeln.⁴ Dieser Umstand ist deshalb besonders misslich, weil er die mit Prognoseproblemen verbundenen Unsicherheiten in unnötiger Weise potenziert: Ist die jeder Prognoseentscheidung inhärente Unsicherheit um eine zukünftige Entwicklung naturgemäß noch unvermeidlich (und daher vom Rechtsanwender in Grenzen hinzunehmen), so ist Unsicherheit doch

1 So erklärt sich auch zwanglos die gängige Redewendung „Prognosen sind schwierig, besonders wenn sie die Zukunft betreffen“, welche in ihrer englischen Variante unter anderem Niels Bohr, George Bernard Shaw, Mark Twain und Winston Churchill, in der deutschen Fassung Bruno Kreisky, Kurt Tucholsky und Karl Valentin zugeschrieben wird, vgl. *Winker*, Empirische Wirtschaftsforschung, 4. Aufl. 2017, S. 289.

2 Man denke etwa an den Verzicht auf wetteradäquate Kleidung.

3 *Kühne*, NJW 1979, 617, 618 f.; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 15.

4 So zutreffend *Bieder*, in: *Kreutz/Renftle/Faber u.a.* (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 25; ebenso *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 322: „bisher kaum gewürdigtes Prinzip“.

zumindest dort auf ein Minimum zu reduzieren oder gar gänzlich zu eliminieren, wo dies mit den Mitteln rechtswissenschaftlicher Methodik möglich erscheint. Über die in der Natur der Problematik begründete Unsicherheit hinaus herrscht mangels dezidiert Aufarbeitung jedoch bis dato nicht nur zusätzliche Unsicherheit in Bezug auf die Frage, welche privatrechtlichen Normen überhaupt prognostische Elemente aufweisen, sondern ebenso (und umso mehr) in Bezug auf die sich anschließende Frage, wie privatrechtliche Prognoseprobleme möglicherweise einer kohärenten Lösung zugeführt werden können. Erst diese dreifache Unsicherheit lässt den gerichtlichen Umgang mit Prognoseproblematiken zuweilen als reines Lotteriespiel erscheinen⁵ – eine Beobachtung, die schon aufgrund des Postulats der Rechtssicherheit nach einer umfassenden Auseinandersetzung mit Prognoseproblematiken verlangt. Während diese Arbeit daher nicht den Anspruch erheben kann und will, Prognoseentscheidungen jegliche Unsicherheit zu nehmen, soll sie doch einen Beitrag dazu leisten, die beiden letztgenannten Unsicherheitsfaktoren (Anwendungsbereich von Prognosen, Behandlung von Prognosen) für einen ausgewählten Teilbereich privatrechtlicher Rechtsanwendung möglichst weitreichend auszuschalten und somit die „Vorhersehbarkeit von Vorhersagen“ zu erhöhen.

5 Exemplarisch zu bestehender Rechtsunsicherheit in Bezug auf Prognosen im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht *Kraft*, ZfA 1994, 463, 475 f.