

B. Prognosen als Untersuchungsgegenstand

Gerade weil eine umfassende übergreifende Bearbeitung der hiesigen Problematik bisher ausgeblieben ist, bietet es sich dabei entgegen einer vereinzelt vertretenen Auffassung⁶ aus methodischer Sicht an, den Untersuchungsgegenstand der privatrechtlichen Prognose ausgehend vom allgemeinen und sodann vom wissenschaftlichen Begriffsverständnis aus zu präzisieren und sich bereits zu Beginn der Arbeit freilich in gebotener Kürze vor Augen zu führen, welche Probleme Prognosen in anderen Wissenschafts- und Rechtsgebieten aufwerfen und mit welchen Mitteln diese gelöst werden.⁷ Der Vorzug dieser Vorgehensweise liegt darin begründet, dass die beim „Blick über den Tellerrand“ gewonnenen Erkenntnisse einerseits Ansatzpunkte für die spezielle privatrechtliche Auseinandersetzung mit Prognosen liefern, andererseits aber potenziell auch schon auf definitorischer Ebene Unterschiede aufzeigen können, die bei der später zu erwägenden Übertragung ebendieser Erkenntnisse auf den Bereich des Privatrechts zwingend zu berücksichtigen sind.

I. Prognosen außerhalb des Privatrechts

1. Prognosen im allgemeinen Sprachgebrauch

Dem allgemeinen Sprachgebrauch kann bei der (rechts-)wissenschaftlichen Begriffsbildung eine wegweisende Rolle als erstem Anhaltspunkt

6 *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S.24 befürwortet die eigenständige und offene Bildung eines juristischen Prognosebegriffs und lehnt eine Anknüpfung an einen tradierten Alltagssprachlichen und wissenschaftstheoretischen Prognosebegriff von vornherein ausdrücklich ab. Problematisch hieran ist vor allem, dass sich *Gentges* so vorschnell der Möglichkeit beraubt, sich in anderen Disziplinen gewonnene Erkenntnisse zu Nutze zu machen und stattdessen in der Folge gezwungen ist, das „Rad neu zu erfinden“. Freilich stimmt die später gefundene rechtliche Prognosedefinition mit den allgemeinen wissenschaftstheoretischen Erkenntnissen so weitgehend überein, dass eine Unterscheidung letztlich obsolet erscheint.

7 Die besondere Eignung von Prognoseproblemen für eine übergreifende Untersuchung erkennt namentlich auch *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 17 an.

zugeschrieben werden.⁸ Der Begriff der Prognose wird dabei (auch) in der Laiensphäre in ganz unterschiedlichem Kontext verwendet: Da stellen Wirtschaftsweisen Arbeitsmarktpagnosen für das nächste Quartal, Meteorologen Wetterprognosen für den nächsten Tag, Mediziner Prognosen über den Heilungsverlauf bei bestimmter Krankheitstherapie oder Meinungsforschungsinstitute 18-Uhr-Prognosen für das Bundestagswahlergebnis an.⁹ Als kleinster gemeinsamer Nenner kann bereits aus diesem Sprachgebrauch der Zukunftsbezug der Prognose extrahiert werden. Darüber hinaus ist wohl davon auszugehen, dass bereits ein durchschnittlich verständiger Mensch Prognosen als wissenschaftlich fundierte Voraussagen¹⁰ intuitiv von Spekulationen, Prophezeiungen, Wahrsagungen und bloßem Tippen¹¹ unterscheidet. So erklärt auch der *Duden* die Prognose als „[wissenschaftlich begründete] Voraussage einer künftigen Entwicklung, künftiger Zustände, des voraussichtlichen Verlaufs (z. B. einer Krankheit)“.¹² Eine solche Begriffsbildung kann auch vor dem Hintergrund einer etymologischen Wortanalyse – der Begriff ist entlehnt aus dem Griechischen *prógnōsis*, eigentlich „Vorherwissen“¹³ – bestehen. Nicht übersehen werden darf jedoch der wichtige Hinweis, dass der Prognosebegriff seinem Ursprung nach ein fachsprachlicher Begriff war und dies nach sprachwissenschaftlicher Einschätzung auch geblieben ist.¹⁴ Auch mit Blick auf die oben aufgeführten Beispiele eines vermeintlich alltäglichen Begriffsverständnisses (denen allensamt ein wissenschaftlicher Kontext mehr oder weniger gemein ist) erscheint es daher zweifelhaft, ob ein vom wissenschaftlichen Prognosebegriff

8 Canaris, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 15.

9 Beispiele angelehnt an Ausführungen in *Brockhaus Enzyklopädie Online*, Prognose, 2021 (<https://brockhaus.de/ecs/permalink/DCB3ADC4ED5FBC07D4E8FBFBEB72777F4.pdf>) (geprüft am 17.07.2021); ob die 18-Uhr-Prognose ihren Namen verdient, kann aus wissenschaftstheoretischer Sicht mit guten Gründen bezweifelt werden, vgl. Groß, Prognose von Wahlergebnissen 2010, S. 64.

10 Voraussagen sei hier als Oberbegriff für rationale wie irrationale Äußerungen verstanden, vgl. Stegmüller, Erklärung, Voraussage, Retrodiktion, 2. Aufl. 1983, S. 195.

11 Zu dieser Abgrenzung Becker, Ordnungsgemäße Prognosebildung auf Basis der GoB 2018, S. 74.

12 *Duden-Online*, Prognose, 2021 (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Prognose>) (geprüft am 17.07.2021), Klammersetzung im Original.

13 Prognose, in: Seebold (Hrsg.), Kluge Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011.

14 Dieser Hinweis findet sich sowohl bei *Duden-Online*, Prognose, 2021 (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Prognose>) (geprüft am 17.07.2021), als auch bei Prognose, in: Seebold (Hrsg.), Kluge Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011.

losgelöster allgemeinsprachlicher Prognosebegriff überhaupt anzuerkennen ist. Dies leitet schließlich zu der Erkenntnis, dass der Schluss von einem Alltagssprachlichen auf einen wissenschaftlichen Prognosebegriff letztlich zirkulär und daher unzulässig ist¹⁵; durch die Analyse der Alltagssprachlichen Bedeutung ist für die Herleitung eines (rechts-)wissenschaftlichen Prognosebegriffs daher im Ergebnis nichts gewonnen.¹⁶

2. Prognosen in anderen Wissenschaften

Zielführender erscheinen daher eine zumindest rudimentäre Analyse der umfangreichen spezialwissenschaftlichen und wissenschaftstheoretischen Literatur zum Prognosebegriff und ein Kurzüberblick über verwandte Probleme.¹⁷

a) Begriff und Behandlung von Prognosen in anderen Fachwissenschaften

In der Medizin – von wo aus der Prognosebegriff Einzug in den wissenschaftlichen und allgemeinen Begriffsfundus hielt¹⁸ – wird unter Prognose die auf der Diagnose (erfasster aktueller Zustand zum Zeitpunkt der Untersuchung) basierende Voraussage über einen künftigen Krankheitsverlauf verstanden.¹⁹ Ebenso definiert auch die Psychologie die Prognose (im engeren Sinne) als Vorhersage unbekannter zukünftiger Ereignisse.²⁰ Die

15 Dieselbe Prämisse liegt – allerdings beschränkt auf die juristische Begriffsbildung – stillschweigend auch der Erkenntnis von *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 15 zu Grunde, dass der allgemeine Sprachgebrauch bei der Begriffsbildung dann nicht maßgeblich sein kann, wenn es sich bei dem zu bestimmenden Begriff um einen spezifisch juristischen handelt.

16 Insoweit stellt sich der von *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 24 geforderte Verzicht auf die Alltagssprachliche Analyse im Nachhinein als unproblematisch dar.

17 Auch *Tettinger*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 433; *ders.*, DVBl 1982, 421, 423 hält die Einbeziehung fachfremder Erkenntnisse insbesondere aus Wissenschaftstheorie und Wirtschaftswissenschaften zur Durchdringung der rechtlichen Prognoseproblematik für „lohnend“ und „unverzichtbar“.

18 *Behrend*, Gegenwärtige Zukünfte 2005, S. 81, 84.

19 *Gross/Löffler*, Prinzipien der Medizin 1997, S. 341.

20 *Groeben/Westmeyer*, Kriterien psychologischer Forschung, 2. Aufl. 1981, S. 101.

Wirtschafts-²¹ und Sozialwissenschaften²² erkennen in der Prognose das auf theoretischen wissenschaftlichen Erkenntnissen und Erfahrungswissen fußende Bindeglied zwischen Gegenwart und Zukunft, wobei eine Prognose sich zwecks späterer Überprüfbarkeit stets auf einen begrenzten Zeitpunkt zu beziehen habe.²³ Die Ökonomik ist es auch, die aufbauend auf diesem Begriffsverständnis ausdrücklich eine ganze Reihe von Klassifikationen hervorgebracht hat: So werden Prognosen beispielsweise entsprechend ihres Prognosehorizonts in kurz-, mittel- und langfristige Prognosen kategorisiert oder in Abhängigkeit vom zu untersuchenden Sachverhalt in qualitative und quantitative bzw. in Punkt- oder Intervallprognose eingeteilt.²⁴ Resümierend lässt sich festhalten, dass in den Fachwissenschaften unter einer Prognose stets eine wissenschaftliche Voraussage über die Zukunft aufgrund von vergangenen oder gegenwärtigen Erkenntnissen verstanden wird.

Die dezidierte Auseinandersetzung mit Prognosebegriff und Prognoseproblemen in anderen Wissenschaften bringt es außerdem mit sich, dass diese ebenfalls mannigfaltige Verfahren und Methoden zur Erstellung von validen Prognosen hervorgebracht haben.²⁵ Die Werke über Prognoseverfahren in der Medizin füllen Bibliotheken, die synoptische Meteorologie – die sich unter anderem mit der Vorhersage von Wetter beschäftigt²⁶ – hat sich gar als eigene Teildisziplin der Geowissenschaften etabliert. Dass im juristischen Kontext dagegen zuweilen der Eindruck entstehen kann, dass die Auseinandersetzung mit Prognoseproblemen einige Rechtswissenschaftler „an Wahrsagerei erinnere“²⁷, erscheint vor diesem Hintergrund umso rätselhafter. Zwar kann man relativieren, dass die Ergebnisse der fachwissenschaftlichen Forschung zu Prognoseproblematiken durch Sachverständige vielfach auch in das (zivil-)rechtliche Verfahren transformiert

21 Vgl. nur *Becker*, Ordnungsgemäße Prognosebildung auf Basis der GoB 2018, S. 75 mit zahlreichen Nachweisen.

22 Vgl. nur *Stagl*, Empirische Prognoseverfahren in den Sozialwissenschaften 2016, S. 17 ff.; wegweisend die Ausführungen von *Schütz*, Gesammelte Aufsätze II - Studien zur soziologischen Theorie 1972, S. 259 ff.

23 Für die Wirtschaftswissenschaften stellvertretend *Becker*, Ordnungsgemäße Prognosebildung auf Basis der GoB 2018, S. 74.

24 Ausführlich hierzu *Winker*, Empirische Wirtschaftsforschung, 4. Aufl. 2017, S. 291 f.

25 Eine gute Übersicht zu Prognoseverfahren in den Wirtschaftswissenschaften gibt beispielsweise *Becker*, Ordnungsgemäße Prognosebildung auf Basis der GoB 2018, S. 80.

26 *Klose*, Meteorologie, 3. Aufl. 2016, S. 2.

27 So plastisch *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 8.

werden²⁸, doch bleiben Versäumnisse bei der Systematisierung und Lösung von Prognoseproblematiken gerade im privatrechtlichen Bereich dennoch offenkundig. Für den weiteren Verlauf der Arbeit erscheint es deshalb ziel führend, an passender Stelle neben rechtswissenschaftlichen auch andere fachwissenschaftliche Quellen zur Lösung einschlägiger Probleme²⁹ heranzuziehen, wenngleich stets die juristischen Besonderheiten erschöpfend zu berücksichtigen sein werden.

b) Begriff und logische Struktur von Prognosen in der Wissenschaftstheorie

Neben den jeweiligen spezialwissenschaftlichen Abhandlungen existieren auch in der überspannenden Wissenschaftstheorie als Teilgebiet der Philosophie zahlreiche Beiträge zur Untersuchung von Begriff und Struktur der Prognose, denen sich die Rechtswissenschaft erfreulicherweise zumindest nicht im selben Ausmaß verschließt.³⁰ Aufgrund ihrer zumindest im Grundsatz anzuerkennenden Universalität sollen die in der Wissenschaftstheorie gewonnenen Erkenntnisse kurz erläutert werden, um auch deren Wert für die rechtswissenschaftliche Diskussion einschätzen und die Ergebnisse schließlich juristisch nutzbar machen zu können.³¹

Im wissenschaftstheoretischen Kontext wird der Prognosebegriff stets in Relation zu den Begriffen der Erklärung und der Retrodiktion (oder: Retrognose) erläutert. Nach den Befürwortern der deduktiv-nomologischen Erklärungstheorie³² ist diesen drei Erklärungsarten im Grundsatz eine gemeinsame logische Struktur zu eigen, die sich zwar anhand der jeweiligen

28 So werden für die Feststellung einer Negativprognose bei einer krankheitsbedingten Kündigung selbstverständlich medizinische Sachverständige zu Rate gezogen, die mit erprobten medizinischen Prognoseverfahren operieren.

29 Man denke nur an die Probleme des sogenannten Hindsight-Bias (Rückschaufehler) oder Self-fulfilling prophecy (selbsterfüllende Prophezeiung), die namentlich in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften nur allzu geläufig und dort bereits dezidiert erforscht sind.

30 Positiv hervorgehoben seien hier die Werke von *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983 und *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre 1982.

31 Namentlich *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S.1 hält die Anknüpfung an wissenschaftstheoretische Erkenntnisse letztlich für entscheidend.

32 Begründet von *Popper*, Logik der Forschung 1935; *Hempel/Oppenheim*, Philosophy of Science 15 (1948), 135 ff.

pragmatischen Modalitäten unterscheidet, aber doch einem einheitlichen Grundmuster folgt: Stets wird vom sogenannten *Explanans* (den erklärenden Sätzen) logisch auf das sogenannte *Explanandum* (den zu erklärenden Satz) geschlossen³³, wobei hinsichtlich der *Explanans*-Tatsachen zwischen speziellen singulären Sachverhalten (auch: *Antecedens*-Bedingungen) und allgemeingültigen Gesetzen (i. S. v. wissenschaftlichen Sätzen) zu unterscheiden ist.³⁴ So implizieren die *Explanans*-Tatsachen „Das Wasser hat eine Temperatur von 100 °C“ (*Antecedens*-Bedingung) und „Die Normal-Siedetemperatur von Wasser beträgt 100 °C“ (allgemeines Gesetz) deduktiv die logisch korrekte Aussage „Das Wasser kocht“ (*Explanandum*). Bei derartigen Sachverhalten lassen sich Erklärung, Prognose und Retrodiktio sodann zunächst in pragmatischer Hinsicht unterscheiden:³⁵

Ist das *Explanandum* gegeben, so bieten korrekt ausgewählte *Explanans*-Sätze seine *Erklärung* („Weil das Wasser eine Normal-Siedetemperatur von 100 °C hat und diese Temperatur erreicht ist, kocht es“).

Ist zuerst das *Explanans* bekannt und wird das *Explanandum* daraus abgeleitet, so spricht man von einer deduktiv-nomologischen Voraussage (Oberbegriff). Von einem *prognostischen Argument* ist dann die Rede, wenn die *Antecedens*-Bedingung zeitlich vor dem *Explanandum*-Ereignis liegt, wobei es in diesem Kontext noch nicht darauf ankommt, ob das *Explanandum*-Ereignis seinerseits ein zukünftiges ist. Auch die Aussage „Wenn das Wasser eine Temperatur von 100 °C erreicht hatte, kochte es“ hat hiernach prognostischen Charakter; von einer *Prognose* (im strengen Sinne) kann aus wissenschaftstheoretischer Sicht dagegen nur dann gesprochen werden, wenn das *Explanandum*-Ereignis vom Aussagezeitpunkt aus gesehen auch tatsächlich in der Zukunft liegt („Wenn das Wasser eine Temperatur von 100 °C erreicht, wird es kochen“). Einer *Retrodiktio* begegnet man demgegenüber dann, wenn das *Antecedens*-Ereignis aus der späteren Beobachtung des *Explanandum*-Ereignisses hergeleitet wird, der logische Schluss also in die entgegengesetzte Richtung erfolgt („Das Wasser hat gekocht und daher hatte es eine Temperatur von 100 °C erreicht“).

33 Popper, Logik der Forschung 1935, S. 26; Hempel, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 6.

34 Hempel, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 5; dieses nomologisch-deduktive Modell ist auch als Hempel-Oppenheim-Schema bekannt.

35 Zu den folgenden Unterschieden anschaulich und mit Zeitstrahlen Stegmüller, Erklärung, Voraussage, Retrodiktio, 2. Aufl. 1983, S. 200 ff.

Die Ansicht, dass Erklärung, Prognose und Retrodiktio n sich lediglich hinsichtlich ihrer pragmatischen und zeitlichen Modalitäten unterscheiden, ist in der Wissenschaftstheorie als „strukturelle Gleichheitsthe se“³⁶ bekannt und wird im dortigen Schrifttum bis heute kontrovers diskutiert.³⁷ Folgt man dieser These, so könnte aus jeder adäquaten Erklärung auch eine korrekte Voraussage (als Oberbegriff für Prognose und Retrodiktio n) abgeleitet werden.³⁸

An seine Grenzen stößt dieses rein nomologisch-deduktive Modell allerdings in solchen Fällen, in denen das allgemeine verknüpfende Gesetz lediglich ein statistisches ist, das *Explanandum*-Ereignis mithin bei Vorliegen bestimmter *Antecedens*-Bedingungen nicht sicher eintritt.³⁹ In diesen Fällen kommen selbst ausgewiesene Vertreter deduktiver Methodik nicht umher, induktiv-statistische Modelle anzuwenden, die ihrerseits vertiefte wahrscheinlichkeitstheoretische Erörterungen verlangen.

So lässt sich resümieren, dass die wissenschaftstheoretische Diskussion um den Begriff und die logische Struktur von Prognosen ebenso wie die Auseinandersetzungen mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff im Vergleich zur rechtswissenschaftlichen weit fortgeschritten ist. Dabei wird sich zeigen, dass die hierzu ausgeführten Erkenntnisse keineswegs nur belangloses Beiwerk sind, sondern konkrete Beiträge sowohl zur Eingrenzung des hiesigen Untersuchungsgegenstandes leisten als auch wichtige Impulse für die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung liefern können. Daher erscheint es zielführend, auch diese im weiteren Fortgang der Arbeit an passender Stelle wieder aufzugreifen.

3. Prognosen in anderen Rechtsgebieten

Die rechtswissenschaftliche Diskussion von Prognoseproblemen ist bis dato vor allem außerhalb des Privatrechts verankert, sodass entsprechende Pro-

36 Diesen Begriff nutzt beispielsweise *ders.*, Erklärung, Voraussage, Retrodiktio n, 2. Aufl. 1983, S. 191.

37 Siehe nur *ders.*, Erklärung, Voraussage, Retrodiktio n, 2. Aufl. 1983, S. 191 ff., eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dieser Diskussion muss an dieser Stelle mit Rücksicht auf den Umfang der Arbeit unterbleiben.

38 Vgl. nur *Hempel*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 43.

39 Zu dieser Problematik der statistischen Erklärungen *ders.*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 55 ff.

blemsbeschreibungen und Lösungsansätze im öffentlichen Recht⁴⁰ ebenso wie im Strafrecht zum Teil wesentlich weiter fortgeschritten sind als im zivilrechtlichen Kontext. Daher bietet es sich an, im Folgenden in gebotener Kürze zu erläutern, in welchem Gewand Prognoseprobleme in anderen Rechtsgebieten auftreten und welche Ansätze zu deren Behandlung potenziell der Übertragung auf das Privatrecht offen stehen.

a) Prognosen im öffentlichen Recht

Im öffentlichen Recht treten Prognoseprobleme sowohl im Staatsrecht als auch im Verwaltungsrecht auf, wobei bei letzterem vor allem das Planungsrecht und das Recht der öffentlichen Gefahrenabwehr⁴¹ im Fokus der Betrachtung stehen.⁴² Bevor den zwischen diesen Teilrechtsgebieten auftretenden Unterschieden mithilfe notwendiger Differenzierungen Rechnung getragen wird, sollen zunächst einige übergreifende Erkenntnisse zum Prognosebegriff aus dem öffentlichen Recht aufgegriffen werden.

aa) Begriff der Prognose im öffentlichen Recht

In Übereinstimmung mit den fachwissenschaftlichen und wissenschaftstheoretischen Erkenntnissen ist auch in der öffentlich-rechtlichen (Begriffs-)Diskussion anerkannt, dass jedweder Prognose eine Vorausschau in die Zukunft immanent ist, die ihrerseits notwendigerweise mit einer gewissen Unsicherheit verbunden ist.⁴³ Dementsprechend werden unter Prognosenormen hier solche Vorschriften verstanden, die Sachverhalte im Vorgriff auf deren zukünftige (d.h. hypothetische) Entwicklung regeln⁴⁴ und zu diesem Zwecke bereits auf Tatbestandsebene eine Beurteilung der

40 Hierauf weisen auch *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 32 und *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 324 f. hin.

41 *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 497.

42 Eine zusammenfassende Übersicht zu besonders relevanten Anwendungsfeldern für Prognosen im öffentlichen Recht liefert *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 92 ff.

43 *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 22; *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 501; *ders.*, FS Menger 1985, S. 731, 732; *Mühl*, FS Lange 1992, S. 583, 591; *Tettinger*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 433; *Kral*, Polizeiliche Vorfeldbefugnisse 2012, S. 39.

44 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 22.

Zukunft erfordern.⁴⁵ Dabei ist festzustellen, dass entsprechende Normen Rechtsfolgen nicht isoliert an Prognosen knüpfen, sondern diese zumeist in wechselseitiger Abhängigkeit zu anderen Entscheidungselementen relevant werden.⁴⁶

Als Gegenbegriff zur Prognose wird in der öffentlich-rechtlichen Literatur häufig der Begriff der Diagnose benannt.⁴⁷ Diese beziehe sich auf die Feststellung, Unterscheidung und Bewertung gegenwärtiger und vergangener Tatsachen.⁴⁸ Übersetzt in die wissenschaftstheoretische Terminologie umfasst die öffentlich-rechtliche Diagnose bei diesem Begriffsverständnis sowohl den Vorgang der Erklärung als auch jenen der Retrodktion, wobei die aus der Wissenschaftstheorie bekannte These der Strukturgleichheit von solcherlei „unsicheren Diagnosen“ und Prognosen auch im öffentlich-rechtlichen Schrifttum Anhänger findet.⁴⁹ Es kann daher kaum verwundern, dass Prognoseprobleme maßgeblich innerhalb der Thematik der verwaltungs- oder verfassungsgerichtlichen Tatsachenfeststellung diskutiert werden.⁵⁰ Dabei ist vor allem der Umfang der gerichtlichen Kontrolldichte im Hinblick auf Prognoseentscheidungen Kern der jeweiligen Auseinandersetzungen⁵¹ – eine Frage, die sich im privatrechtlichen Kontext in ähnlichem Gewand ebenfalls stellen dürfte. Während es nicht Ziel dieser

45 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 12 f.; *Brunn*, NJOZ 2014, 361.

46 *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 35; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 425; *Ossenbühl*, FS Menger 1985, S. 731, 734; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 233.

47 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 23; *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 22; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 233; *Kral*, Polizeiliche Vorfeldbefugnisse 2012, S. 38; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 423; dagegen hält *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 52 die Feststellung, Prognose und Diagnose unterschieden sich hinsichtlich Vergangenheits/Gegenwarts- und Zukunftsbezug zumindest für „unbewiesen“.

48 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 23; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 423.

49 *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 10 möchte gar auch für die Ermittlung ungewisser vergangener und gegenwärtiger Sachverhalte den Prognosebegriff nutzen; demgegenüber wenden sich *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 423; *ders.*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 434 und *Picot*, DB 1977, 2149 gegen die strukturelle Gleichheitsthese im Recht.

50 Vgl. hierzu die ausführlichen Darstellungen von *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG 1971; *Thierfelder*, JurA 1970, 879 ff.; *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458 ff.

51 Diese Frage korrespondiert letztlich mit dem Letztentscheidungsrecht über die Beurteilung der Zukunft, vgl. *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 22, sodass die Beantwortung dieser Frage auch darüber entscheidet, ob im Einzelfall eine originäre Gerichtsprognose oder aber lediglich eine kontrollierende Zweitprognose durch die Rechtsprechung

Arbeit sein kann, die öffentlich-rechtliche Diskussion um eine weitere Stellungnahme zu bereichern, soll doch zumindest die dahinterstehende Problematik kurz geschildert werden, um den Wert der aufzufindenden Argumente für den weiteren Fortgang dieser Untersuchung einschätzen zu können.

bb) Prognosen im Staatsrecht: Legislativprognosen

Von Verfassungen wegen ist zunächst die Legislative gehalten, im Gesetzgebungsverfahren (dabei vor allem im Kontext des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips) vielfältige Prognosen anzustellen.⁵² Umstritten ist hierbei vor allem, ob dem Gesetzgeber bei der Beurteilung zukünftiger Sachverhalte ein kontrollfreier Prognosespielraum im Sinne einer weitreichenden Einschätzungsprärogative obliegt. Während eine Extremposition der Legislative unter Berufung auf den Grundsatz der Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip einen umfassenden Prognosespielraum zugestehen möchte⁵³, hält die konträre Ansicht legislative Prognosen für vollumfänglich kontrollfähig.⁵⁴

Das Bundesverfassungsgericht dagegen legt hinsichtlich der Prognosekontrolle differenzierte Maßstäbe an⁵⁵, was – obgleich diese Betrachtung

erfolgt, zu dieser Abgrenzung *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 234; *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 497.

52 Insbesondere bei der Prüfung von Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Gesetzes ist eine Beurteilung der zukünftigen Entwicklung unabdingbar, vgl. nur *Seetzen*, NJW 1975, 429, 430 ff.; zur Kategorisierung verfassungsrechtlicher Prognosen eingehend *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG 1971, S. 28 ff.

53 Besonders großzügig insoweit *Menger*, VerwArch 66 (1975), 397, 401.

54 *Kloepfer*, NJW 1971, 1585.

55 Etabliert hat sich seit BVerfG 01.03.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, NJW 1979, 699 ff. – *Mitbestimmungsurteil* ein Drei-Stufen-Modell, das von einer Evidenzkontrolle (so beispielsweise BVerfG 31.07.1973 – 2 BvF 1/73, NJW 1973, 1539, 1540 – *Grundlagenvertrag*; BVerfG 05.03.1974 – 1 BvL 27/72, NJW 1974, 1317, 1319 – *Stabilisierungsfonds*) über eine Vertretbarkeitskontrolle (so beispielsweise BVerfG 18.12.1968 – 1 BvL 5, 14/64, II, 12/65, NJW 1969, 499, 501 – *Mühlengesetz*; BVerfG 09.03.1971 – 2 BvR 326, 327, 341-345/69, NJW 1971, 1603 – *Absicherungsgesetz*) bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle (so beispielsweise BVerfG 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, 1035, 1039 – *Apothekengesetz*; BVerfG 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, NJW 1977, 1525, 1531 – *Lebenslange Freiheitsstrafe* reicht, wobei der Übergang zwischen den Stufen fließend erscheint und eine deutliche Einordnung nicht in jedem Fall vorgenommen wird; übersichtlich und z.T. kritisch hierzu *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 532 ff.

letztlich auf deskriptiver Ebene verharret – zu belegen scheint, dass die Behandlung von legislativen Prognosen nur innerhalb eines abgestuften und gleichfalls differenzierenden Kontrollsystems gelingen kann.⁵⁶ In der Folge treten sodann auch aus der Literatur gewichtige Stimmen dafür ein, die Kontrolldichte von Prognosen in Abhängigkeit von Sachinhalt, Wertigkeit der tangierten Grundrechte, Ziel der gesetzlichen Regelung und Legitimation der legislativen Entscheidung für jede Prognoseentscheidung separat zu bestimmen⁵⁷ – ein Weg, der auch im Zivilrecht jedenfalls potentiell gangbar erscheint.

cc) Prognosen im Verwaltungsrecht: Exekutivprognosen
(Administrativprognosen)

Vergleichbar stellt sich das Meinungsbild bezüglich der Prognoseproblematik auch im Verwaltungsrecht dar, wo zwei Themenkomplexe die rechtswissenschaftliche Diskussion besonders dominieren: Erstens – insoweit parallel zum Staatsrecht – stellt sich auch hier die Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang administrative Prognosen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen; und zweitens erscheint – insoweit vor allem auf das Recht der öffentlichen Gefahrenabwehr bezogen – klärungsbedürftig, welche Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe konkret zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen anzulegen sind.

In Bezug auf die erste Frage kann es kaum verwundern, dass der Meinungsstand zumindest strukturell demjenigen zur Reichweite eines gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums gleicht:⁵⁸ Auch hier sehen sich Befürworter eines weiten Prognosespielraums kraft Natur der Sache oder

56 *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 504 ff.

57 Mustergültig differenzierend in dieser Hinsicht *ders.*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 504 ff.; in der Sache ähnlich *Seetzen*, NJW 1975, 429, 430 ff.; *Stettner*, NVwZ 1989, 806, 808 f.

58 Teilweise nehmen entsprechende Abhandlungen beide Fragenkomplexe differenzierend in den Blick, siehe nur *Breuer*, Der Staat 1977, 21 ff.; teilweise werden Argumente für einen legislativen Prognosespielraum jedoch auch weitgehend unbesehen auf die Problematik exekutiver Prognosen übertragen, so bei *Brohm*, DÖV 1982, 1, 6 mit Fn. 22; deutlich gegen letztere Vorgehensweise *Brunn*, NJOZ 2014, 361, 377; *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 21; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 424; übersichtliche Darstellung des Meinungsstandes bei *ders.*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 430 ff.

aus Gründen der größeren Verwaltungssachnähe- und Verantwortlichkeit⁵⁹ solchen Stimmen gegenüber, die für eine differenzierende Betrachtungsweise bei der Begründung einer kontrollfreien Verwaltungssphäre eintreten.⁶⁰ Dabei werden als Differenzierungskriterien wahlweise die Kategorien von Ermessens- und gebundener Verwaltung⁶¹ oder von komplexen (wertenden) und einfachen Verwaltungsprognosen⁶² vorgeschlagen. Auch das Bundesverwaltungsgericht erkennt einen kontrollfreien exekutiven Prognosespielraum nur in Ausnahmefällen – insbesondere in Planungskonstellationen⁶³ – an, wobei zu erkennen ist, dass jeweils die Auslegung der konkret anzuwendenden Norm den Ausschlag hierüber geben soll.⁶⁴

Weitgehend unabhängig hiervon⁶⁵ stellt sich als zweite Frage diejenige nach dem Grad an Sicherheit in Bezug auf die jeweilige künftige Entwicklung, der erreicht sein muss, um die Rechtsfolge der entsprechenden Prognosenorm auszulösen. Lehnt man das metaphysische Konzept des universellen Determinismus ab⁶⁶, so wird man in Übereinstimmung mit

59 *Ossenbühl*, DVBl 1974, 309, 313; *ders.*, DÖV 1976, 463, 467; *ders.*, FS Redeker 1993, S. 55, 68; davor schon *Bachof*, JZ 1955, 97, 100; gegen die Argumentation aus der Folgenverantwortlichkeit explizit *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 25; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 424.

60 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 22 ff.; *Breuer*, AöR 101 (1976), 46, 76 f.; *ders.*, Der Staat 1977, 21, 48 ff.; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 425; *ders.*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 433 ff.; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 244.

61 So *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 48 ff.

62 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 22 f.; in diese Richtung auch *Breuer*, AöR 101 (1976), 46, 76 f.

63 Beispielsweise BVerwG 25.07.1985 – 3 C 25/84, NJW 1986, 796 ff. – *Krankenhausbedarfsplan*; BVerwG 27.11.1981 – 7 C 57/79, NJW 1982, 1168 ff. – *Taxigewerbe*.

64 Diese Analyse der BVerwG-Rechtsprechung teilen auch *Brunn*, NJOZ 2014, 361, 376; *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 36.

65 Es ist jedoch im Ergebnis nicht von der Hand zu weisen, dass die beiden Problematiken durchaus in gewisser Wechselwirkung zueinander stehen. Selbst wenn man nämlich einen weiten Prognosespielraum der Exekutive anerkennt und daher die gerichtliche Kontrolle auf eine Evidenzkontrolle beschränkt, stellt sich weiterhin die Frage, wie objektiv unwahrscheinlich eine Entwicklung sein muss, um als „evidente Fehlprognose“ eingeordnet zu werden. Um eine Auseinandersetzung mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff werden daher auch diejenigen nicht umherkommen, die im Gefahrenabwehrrecht weitreichende Prognosespielräume der Verwaltung verorten, so namentlich beispielsweise *Ossenbühl*, DÖV 1976, 463, 467; dagegen *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 24 *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 426, die die Gefahrprognose jeweils als „einfache“ Prognose einordnen und diese daher richtigerweise für voll kontrollfähig halten.

66 Diese entspricht dem heutigen Weltbild der Physik und Medizin, nach dem von der objektiven Indeterminiertheit bestimmter Verläufe ausgegangen werden muss,

den erörterten wissenschaftstheoretischen Erkenntnissen – insbesondere bei dem Schluss auf zukünftige menschliche Verhaltensweisen⁶⁷ – nicht umherkommen, für öffentlich-rechtliche Prognosen in den weit überwiegenden Fällen lediglich auf statistische (oder: probabilistische) Gesetze zurückzugreifen.⁶⁸ Diese Erkenntnis ist es, die zwangsläufig zu vertieften Auseinandersetzungen mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff zwingt. Der Begriff der (Schadens-)Wahrscheinlichkeit wird dabei namentlich bei der Auslegung des zentralen Prognosebegriffs der öffentlichen Gefahr virulent, sodass es nicht überrascht, dass gerade hier die Auseinandersetzung mit dem Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit⁶⁹ und der Ermittlung derselben besonders weit fortgeschritten ist.⁷⁰

Zweifellos bilden die in diesem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse eine Blaupause auch für die zivilrechtliche Auseinandersetzung mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff bei Prognoseentscheidungen, sodass diese im Verlauf dieser Arbeit an passender Stelle und unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Besonderheiten wieder aufgegriffen werden sollen.

siehe aus rechtlicher Perspektive den Hinweis von *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß 2015, S. 103; für die hiesige Darstellung ändert sich jedoch auch nichts, wenn man davon ausgeht, dass das Prinzip des universellen Determinismus weder der empirischen Widerlegung noch der Bestätigung zugänglich ist, da auch in diesem Fall zumindest die theoretische Möglichkeit irreduzibler statistischer Gesetze mit rechtlicher Relevanz besteht, vgl. *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung 2004, S. 53 f.

67 Die Schwierigkeiten von Verhaltensprognosen im öffentlichen Recht deuten auch *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 25 und *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 243 an.

68 *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 41.

69 „Hinreichende Wahrscheinlichkeit“ hier wörtlich verstanden im Sinne von „ausreichender Wahrscheinlichkeit zur Auslösung der Rechtsfolge“; zutreffend weist *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 126 darauf hin, dass diejenigen, die mit diesem Terminus abweichend von der hiesigen Verwendung einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad zu konkretisieren versuchen, letztlich tautologisch argumentieren: Wer die hinreichende Wahrscheinlichkeit zur ausreichenden Wahrscheinlichkeit erhebt, gewinnt nichts – „hinreichend“ und „ausreichend“ sind schlicht bedeutungsidentisch.

70 Besonders lesenswert hierzu *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983.

b) Prognosen im Strafrecht

Prognosen sind auch im Strafrecht von hoher Relevanz⁷¹, sodass hier nicht der Versuch unternommen werden kann, die Anwendungsbereiche von Prognosen in diesem Kontext erschöpfend aufzuzählen oder gar eingehend zu untersuchen.⁷² Diese Darstellung soll sich gemäß dem Ziel der Arbeit vielmehr darauf beschränken, in diejenigen straf- und strafprozessrechtlichen Gedanken einzuführen, die potenziell auch für die privatrechtliche Auseinandersetzung fruchtbar gemacht werden können.

Zunächst ist hinsichtlich des strafrechtlichen Prognosebegriffs festzustellen, dass dieser zumindest im Grundsatz demjenigen entspricht, der bereits den Betrachtungen zum öffentlichen Recht zugrunde gelegt wurde. Allerdings finden sich in Bezug auf die Feststellung strafprozessualer Verdachtsgrade auch Stimmen, die den Verdacht als „retrospektive Prognose“ bezeichnen wollen.⁷³ Unabhängig vom rechtlichen Charakter des strafprozessualen Tatverdachts muss bei Zugrundelegung der wissenschaftstheoretischen Erörterungen schon diese Wortwahl verblüffen, wurde doch festgestellt, dass Retrodiktio und Prognose nicht nur aus zeitlicher, sondern auch aus pragmatischer Sicht (wenn auch strukturgleiche) Gegensätze darstellen. Auch wenn man geneigt ist, der Feststellung eines Tatverdachts insoweit einen „Doppelcharakter“ zu attestieren⁷⁴, so ist diese Terminologie zumindest missverständlich, sodass auf derartige Begriffsschöpfungen verzichtet werden sollte.

Viel Raum nimmt in der strafrechtlichen Prognosediskussion sodann insbesondere das Problem der Prognose menschlichen Verhaltens ein, welches deshalb von großer Bedeutung ist, weil die entsprechenden strafrechtlichen und strafprozessualen Normen an eine (positive oder negative) Verhaltensprognose zuweilen Rechtsfolgen knüpfen, die – man denke nur an die Untersuchungshaft, § 112a Abs. 1 S. 1 StPO oder die Anordnung der Sicherungsverwahrung, § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB – mit ganz erheblichen Grundrechtseingriffen für die Betroffenen verbunden sind. Gleichzeitig ist

71 Allgemein zu Zukunftsbezügen im Strafrecht Dahle, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 1 ff.

72 Wer an solcherlei Darstellung dennoch interessiert ist, dem sei die ausführliche Erörterung bei Pollähne, Kriminalprognostik 2011, S. 20 ff. ans Herz gelegt.

73 So Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 327.

74 Zum einen den Schluss vom gegenwärtigen *Explanans* auf die mutmaßlich begangene vergangene Tat (Retrodiktio), zum anderen den Schluss vom gegenwärtigen *Explanans* auf die Erfolgsaussichten einer Anklage, vgl. § 170 StPO (Prognose).

auch unter Strafrechtswissenschaftlern anerkannt, dass derartige Prognosen besondere Schwierigkeiten aufwerfen.⁷⁵ Zur Erstellung solcherlei Kriminalprognosen⁷⁶ bietet die traditionelle Strafrechtswissenschaft aus methodischer Sicht grundsätzlich drei Verfahren (und unzählige Mischformen derselben) an: Das intuitive (auf Erfahrung basierende unwissenschaftliche Einschätzung⁷⁷), das statistische (insbesondere mithilfe von Prognose- tafeln⁷⁸) und das klinische (individuelle Anamnese durch Exploration⁷⁹).⁸⁰

Selbst bei Anwendung der besten zur Verfügung stehenden Prognose- verfahren wird jedoch festzustellen sein, dass die zu prognostizierenden Täter mehrheitlich in einem Bereich zu finden sind, der mit einer Wieder- holungswahrscheinlichkeit von ca. 50 % genau der Zufallswahrscheinlich- keit entspricht.⁸¹ Zur Lösung dieser statistisch zwingenden⁸² sogenannten *Mittelfeld-Problematik* werden normativ vorgegebene Lösungen erwogen⁸³, nach denen in derlei „Fraglich-Fällen“ auf eine aufwändige Prognose zu verzichten sei.⁸⁴ Stattdessen sei durch Auslegung der einschlägigen Pro- gnosenorm zu ermitteln, welche der möglichen Rechtsfolgen im Regelfall

75 Siehe nur Dahle, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 19; Dünkel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 108.

76 Dieser Begriff ist wohl am ehesten als Oberbegriff geeignet, siehe Pollähne, Kriminal- prognostik 2011, S. 17 f.

77 Dahle, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 39 f.; Dünkel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 116; hierbei han- delt es sich – sieht man die Wissenschaftlichkeit als Wesensmerkmal der Prognose an – nicht um eine Prognosemethode im strengen Sinne.

78 Dahle, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 39; Jost, Gefährliche Ge- walttäter?, 1. Aufl. 2012, S. 80.

79 Dahle, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 40; Dünkel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 120.

80 Dahle, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 39; Lange, Die Kriminal- prognose 2012, S. 85 ff.; Dünkel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 115; Jost, Gefährliche Gewalttäter?, 1. Aufl. 2012, S. 79; zur Abgren- zung von statistischem und klinischem Verfahren auch Endres, ZfStrVo 2000, 67, 75; Geisler, GS Kaufmann 1986, S. 253, 255 ff.; insgesamt kritisch zu dieser Kategorisie- rung Pollähne, Kriminalprognostik 2011, S. 147.

81 Streng, Die Täter-Individualprognose 1995, S. 97, 109 ff.; Dünkel, in: Kindhäuser/Neu- mann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 113.

82 Dünkel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 114.

83 „Bahnbrechend“ (Bock, NStZ 1990, 457, 458) zu diesem Problemkomplex die Arbeit von Frisch, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 39 ff.

84 Frisch, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 55; Dünkel, in: Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 114; kritisch insbesondere zur Anwendbarkeit dieser Lösung Bock, NStZ 1990, 457, 459 ff.

(und daher auch für die Mittelfeld-Fälle) Anwendung finden soll.⁸⁵ Dieser problematische Aspekt der Verhaltensprognose stellt dabei ersichtlich kein strafrechtliches Spezifikum dar, sodass die entsprechenden Argumente einer späteren zivilrechtsdogmatischen Verwertung grundsätzlich offen stehen.

Zuletzt ist zu bedenken, dass auch im Strafrecht nicht ausschließlich originäre Gerichtsprognosen angestellt werden, sondern dass die Rechtsprechung zuweilen auch mit der Kontrolle von Fremdprognosen (beispielsweise durch den Täter bezüglich der Geeignetheit eines Mittels im Rahmen des Notwehrtatbestandes, § 32 Abs. 1 StGB) befasst ist.

c) Zuordnung der Prognoseproblematik zum materiellen Recht

Wurde hier festgestellt, dass Prognosen insbesondere im öffentlichen Recht zuvorderst als Probleme der Sachverhaltsfeststellung diskutiert werden, so scheint es zunächst naheliegend, die zur gerichtlichen Feststellung vergangener und gegenwärtiger Sachverhalte verfügbaren Instrumente auch auf zukünftige Sachverhalte anzuwenden und die mit Prognosen verbundenen Probleme als solche des Prozessrechts zu begreifen. Auch bei rechtlichen Retrodiktionen nämlich muss notwendigerweise aus aktuellen Ereignissen mithilfe allgemeiner Gesetze (*Explanans*) auf vergangene Ereignisse (*Explanandum*) geschlossen werden.⁸⁶ Dabei werden auch diese *Explanans*-Gesetze häufig nur statistischer Art sein, sodass juristische Retrodiktionen ebenso wie Prognosen jeweils durch eine logisch bedingte Unsicherheit gekennzeichnet sind.⁸⁷

In dieselbe Richtung mag auch die wissenschaftstheoretische These der strukturellen Gleichheit von Erklärung, Prognose und Retrodiktion deuten, nach der es durchaus begründungsbedürftig erscheint, sich lediglich mit einer der drei zeitlichen und pragmatischen Modalitäten auseinanderzusetzen. Teils wird daher in der Tat davon ausgegangen, dass die Ausgangsfrage

85 Frisch, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 61; ähnlich im Ergebnis auch Montenbruck, In dubio pro reo 1985, S. 105 ff.

86 Vgl. nur die Ausführungen von AK-ZPO/Rüßmann, § 286 ZPO Rn. 4; ausführlich zu diesem Themenkomplex mit dezidiertem Bezugnahme auf die einschlägigen wissenschaftstheoretischen Erkenntnisse Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre 1982, S. 277 ff.

87 Petzoldt, Rechtskraft der Rentenurteile 1992, S. 188 m. w. N.; Schwabenhauer/Kling, VerwArch 101 (2010), 231, 242 in Fn. 76.

gen, die die Rechtswissenschaft sowohl bei Retrodiktionen als auch bei Prognosen zu beantworten habe, derart eng miteinander verwandt seien, dass sich eine isolierte Betrachtung der Themenkomplexe jeweils verböte.⁸⁸ Die These, dass Prognosen lediglich prozessuale Probleme bereithalten und die für die prozessuale Ermittlung unsicherer Sachverhalte erarbeiteten „Retrodiktionsgrundsätze“ gleichsam unbesehen auf Prognoseproblematiken übertragbar seien, erweist sich allerdings bei näherer Betrachtung als nicht tragfähig.

aa) Unterschiede bei der Feststellung vergangener und zukünftiger Sachverhalte

Um dies zu erkennen, hilft es bereits, die Wissenschaftstheorie streng beim Wort zu nehmen und sich bewusst zu machen, dass in diesem Kontext stets lediglich von „logischer Gleichheit“ oder „Strukturgleichheit“, nicht jedoch von umfassender inhaltlicher Gleichheit oder gar von Identität die Rede ist. So unterscheidet sich auch die rechtliche Prognose von der rechtlichen Retrodiktion in der Hinsicht, dass Behauptungen über künftige Tatsachen auch bei „perfekter“ Beweisaufnahme im Prozess nicht abschließend verifizierbar sind, während im „idealen“ (Zivil-)Prozess Retrodiktionen im Sinne eines einfachen Schließens von einer Tatsache auf ein vergangenes Ereignis (sogenannter mittelbarer Beweis; mitunter erleichtert durch die Zulassung des Anscheinsbeweises) theoretisch gerade dadurch obsolet gemacht werden können, dass möglichst genaue Nachforschungen in Bezug auf den Verfahrensgegenstand (unmittelbarer Beweis) angestellt werden.⁸⁹ Aus einer gegenwärtigen Krankheit eines Arbeitnehmers könnte ein Richter

88 So namentlich *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 9, der beispielsweise keinen Grund erkennt, sich nur mit „Prognosen im strengen Sinne“ auseinanderzusetzen; auch die Darstellung von *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983 bezieht sich auf alle drei Modalitäten.

89 Auf diesen Unterschied weisen auch *Petzoldt*, Rechtskraft der Rentenurteile 1992, S. 189; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 242 in Fn. 76; *Brunn*, NJOZ 2014, 361, 362; *Leber*, Dynamische Effizienzen 2018, S. 28; *Kokott*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen 1993, S. 30; *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG 1971, S. 126 hin; die Möglichkeit der Rekonstruktion bedingt jedoch nicht, dass im Zivilprozess ein genereller Vorrang des unmittelbaren Beweises anzuerkennen ist; so auch die h. M. BAG 25.03.1992 – 7 ABR 65/90, NZA 1993, 134 ff.; Musielak/Voit/Foerste, § 284 ZPO Rn. 22; *Stadler*, ZZP 1997, 137, 145 f. m. w. N.; a. A. beispielsweise *Bachmann*, ZZP 2005, 133, 140 ff.

zwar (auch wenn ein diesen Schluss stützendes allgemeines Gesetz sicher nicht anzuerkennen ist) auf eine vergangene Krankheit eines Arbeitnehmers ebenso gut schließen wie auf eine zukünftige – für die Vergangenheit kann jedoch zumindest theoretisch auch der tatsächliche Krankheitsverlauf möglichst penibel (durch Eigen- oder Fremdwahrnehmung) rekonstruiert werden. Aus der Wissenschaftstheorie scheint für dieses von den jeweiligen Prozessordnungen intendierte Unterfangen der Rekonstruktion der (allerdings selten und mitunter auch missverständlich synonym mit der Retrodiktion genutzte) Begriff der *Epignose* besonders treffend.⁹⁰ Hieraus ergibt sich zwanglos, dass die rechtliche Retrodiktion im Hinblick auf die Feststellung vergangener Sachverhalte nach der Gesetzesintention lediglich eine von mehreren Alternativen bei der Sachverhaltsermittlung darstellt, während Prognosen bei der „Feststellung“ zukünftiger Sachverhalte alternativlos erscheinen. Diesem Unterschied ist bei der Betrachtung von Prognosestrukturen stets Rechnung zu tragen, sodass eine isolierte Betrachtung privatrechtlicher Prognoseproblematiken – freilich jedoch auch unter kritischer Berücksichtigung der im Zusammenhang mit Retrodiktionen an anderer Stelle gewonnenen Erkenntnisse – sinnvoll und zielführend erscheint.

bb) Schwerpunkt der Problematik im materiellen Recht

Verstärkend ist zu bemerken, dass die Frage der Sachverhaltsfeststellung im Zusammenhang mit Prognosen zwar in der Praxis großes Gewicht haben mag, in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung aber lediglich eine zweitrangige Rolle einnehmen darf.⁹¹ Bevor nämlich der Richter zur Feststellung eines zukünftigen Sachverhalts schreiten kann, muss er zunächst überprüfen, ob die von ihm anzuwendende Norm schlechterdings eine Prognose erfordert und welcher künftige Sachverhalt überhaupt festzustellen ist. Dies beides sind jedoch Fragen, die sich nur durch Untersuchung des materiellen Rechts valide beantworten lassen, sodass dieses

90 Maßgeblich für die hiesige Einordnung ist das Begriffsverständnis von *Clausen*, *Krasser sozialer Wandel* 1994, S. 170: „Man ist erstens epignostischer Wissenschaftler (...) indem man das Geschehene, die vielgestalteten und uns unübersichtlichen Kausalkettengliederungen dessen, was ist (und was wir in seiner Gänge ohnehin nicht kennen), so fleißig wie möglich auffindet und heraushebt“.

91 So auch *Breuer*, *Der Staat* 1977, 21, 37 („Prozessuale Fragestellung (...) setzt zu spät an“); *Berg*, *Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt* 1980, S. 73; *Regenfus*, JR 2012, 137, 141 („Zunächst ist der Tatbestand der materiellrechtlichen Norm zu betrachten“).

den aus dogmatischer Sicht bedeutenderen Teil der Prognoseproblematik bildet.

Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die beschriebene Nähe von Prognoseproblemen zu solchen der richterlichen Sachverhaltsfeststellung überhaupt nur dann zu beobachten ist, wenn für die anzustellende Prognose auf die Sicht der Richters zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abzustellen ist und somit eine originäre Gerichtsprognose in Rede steht.⁹²

Dies alles rechtfertigt es, die Untersuchung des materiellen Rechts in den Mittelpunkt der Bearbeitung zu rücken, obschon auch die prozessuale Dimension der Prognoseproblematik nicht vollständig ausgeblendet werden soll.

II. Prognosen im Privatrecht

Dieser Überblick über Begriff und Behandlung von Prognosen in anderen Wissenschaften und Rechtsgebieten soll ausreichen, um hinreichende Anknüpfungspunkte für die Bearbeitungen von Prognoseproblemen im Privatrecht zu liefern. Im Folgenden sollen die so gewonnen Erkenntnisse zunächst fruchtbar gemacht werden, um den Untersuchungsgegenstand mit Rücksicht auf das konkrete Thema dieser Arbeit weiter zu konkretisieren. Festzuhalten ist dabei, dass die bisher genutzten Erkenntnisquellen ganz unterschiedliche Ansatzpunkte für das weitere Vorgehen bereithalten, wobei einige (beispielsweise zur Verhaltensprognose und zur Bestimmung eines rechtlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs) erst im späteren Verlauf der Bearbeitung wieder aufgegriffen werden sollen. Der Begriff der Prognose im Privatrecht als notwendiger Ausgangspunkt sämtlicher Konkretisierungsbemühungen ergibt sich dabei gar aus einer Gesamtschau aller bisher vorgestellten Prognosebegriffe.

1. Begriff der Prognose im Privatrecht

a) Ausgangspunkt: Allgemeiner rechtlicher Prognosebegriff

Dabei besteht über den grundlegenden Terminus der Prognose – zumindest dem Begriffskern nach – in allen untersuchten Gebieten weitgehende

⁹² In diese Richtung auch *Regenfus*, JR 2012, 137, 142.

Einigkeit, sodass – auch wenn man zivilrechtliche Besonderheiten in den Blick nimmt – auf dieser Ebene kaum Anlass besteht, einen abweichenden Prognosebegriff für das Privatrecht zu formulieren. Demnach ist unter einer Prognose auch im hier interessierenden privatrechtlichen Kontext eine Aussage zu verstehen, die aufbauend auf ausdrücklichen Bedingungen und in möglichst rationaler Weise den zukünftigen Eintritt eines Ereignisses oder eines Zustandes angibt.

Soweit in der rechtswissenschaftlichen Literatur teilweise ein Verzicht auf das Merkmal des Zukunftsbezugs vorgeschlagen (und damit die Abgrenzung zu Erklärung und Retrodiktion vollständig aufgegeben) wird,⁹³ ist diese Begriffsbildung derart weit vom tradierten alltäglichen und wissenschaftlichen Sprachverständnis entfernt, dass diese Praxis eher terminologische Verwirrung stiftet als zur konstruktiven Auseinandersetzung mit den entsprechenden Sachproblemen beizutragen. Mit dieser Feststellung soll hier noch keine vorschnelle Absage an die Idee einer „rechtlichen Gleichheitstheorie“ verbunden, sondern lediglich die missverständliche Bündelung aller pragmatischen Alternativen unter den Prognosebegriff verworfen werden. Klammert man diese vereinzelt gebliebenen Stimmen aus der Betrachtung aus, so kann aufgrund weit überwiegender Einigkeit in der Begriffsbildung nach hier vertretener Auffassung durchaus davon gesprochen werden, dass sich entsprechend der oben verwendeten Definition nunmehr auch ein allgemeiner juristischer Prognosebegriff herausgebildet hat, der nicht nur im öffentlichen- und im Strafrecht, sondern gleichsam auch im Zivilrecht als Ausgangspunkt entsprechender Untersuchungen herhalten kann.⁹⁴

b) Terminologie privatrechtlicher Prognosen

Dieser Grundbegriff lässt sich auch für das Privatrecht wiederum in verschiedene Aspekte zerlegen, die ihrerseits jeweils einer eingehenden Untersuchung bedürfen. Unterscheiden lässt sich insoweit zunächst zwischen Prognosegrundlage, Prognoseereignis und Wahrscheinlichkeits-

93 Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 10; Gentges, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 59.

94 Abweichend zur Feststellung eines allgemeinen juristischen Prognosebegriffs noch Schwabenhauer/Kling, VerwArch 101 (2010), 231, 232; Leber, Dynamische Effizienzen 2018, S. 28.

maß.⁹⁵ Hierbei umschreibt die *Prognosegrundlage* die gegenwärtigen Tatsachen und Erfahrungssätze, auf denen die Prognose fußt und das *Prognoseereignis* den zukünftigen Sachverhalt, der vorhergesagt werden soll.⁹⁶ Von der wissenschaftstheoretischen Aufspaltung des Prognosebegriffs unterscheidet sich diese Trennung nur terminologisch; Der Sache nach fragt auch die Rechtswissenschaft nach *Explanandum* (Prognoseereignis) und *Explanans* (Prognosegrundlage), das *Prognoseergebnis* ist hier wie dort die Feststellung, dass das Prognoseereignis mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit eintreten wird.⁹⁷ Ob das ermittelte Prognoseergebnis nunmehr die fragliche Rechtsfolge gestattet und damit eine *Prognoseentscheidung* erlaubt, ist sodann eine Frage des erforderlichen *Wahrscheinlichkeitsmaßes*, das insoweit eine normativ zu konkretisierende Größe bildet.⁹⁸ Zusätzlich ist im privatrechtlichen Kontext danach zu fragen, welche Normen dem Rechtsanwender überhaupt Prognosen abverlangen (*Prognosenormen*) und welcher *Prognosezeitpunkt* maßgeblich sein soll. Den Ausgangspunkt zur Beantwortung all dieser Fragen kann nur das Gesetz bilden.⁹⁹ Hierbei ist festzustellen, dass sich der Gesetzgeber verkörpert in Gestalt der von ihm gesetzten Normen zu allen oben aufgeworfenen Fragen auch und gerade im Bereich der Privatrechts häufig nur vage äußert, sodass es von großer Bedeutung ist, sich ebendiesen Fragen unter Rückgriff auf die rechtswissenschaftliche Methodik zu nähern.

2. Privatrechtliche Prognosenormen

Dies gilt zuvorderst für die Feststellung, ob eine privatrechtliche Norm dem Rechtsanwender auf Tatbestandsebene¹⁰⁰ überhaupt eine Prognose abverlangt. Zivilrechtliche Normen, die in dieser Art Rechtsfolgen an ein

95 Übersichtlich und mit nahezu identischer Terminologie hierzu *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232; ebenso *Leber*, Dynamische Effizienzen 2018, S. 30.

96 *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232.

97 Ebenso *dies.*, VerwArch 101 (2010), 231, 232.

98 Ebd.

99 Insofern unterscheidet sich die juristische Auseinandersetzung elementar von Prognosefragen in anderen Wissenschaften: Während dort jeweils autonom (zumeist durch Auftraggeber) festgelegt werden kann, wie die Prognose im Einzelnen anzustellen ist, ist hier lediglich der Gesetzgeber „Auftraggeber“ der Prognosen.

100 Prognosen zur Konkretisierung des Normgehalts an sich sollen dagegen nicht Gegenstand der weiteren Betrachtung sein, vgl. zu dieser Abgrenzung *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 12.

zukünftiges Ereignis knüpfen, seien als privatrechtliche *Prognosenormen*¹⁰¹, deren Tatbestand als *Prognosestatbestand* und das maßgebliche Tatbestandsmerkmal als *Prognosebegriff*¹⁰² bezeichnet. Der Terminus des Prognosebegriffs darf jedoch keinesfalls dahingehend missverstanden werden, dass die Einordnung einer Norm als Prognosenorm sich semantisch stets an einem bestimmten Wort festmachen ließe. Zwar gibt es auch in privatrechtlichen Tatbeständen durchaus Signalwörter, die regelmäßig als Prognosebegriffe klassifiziert werden können (dazu sogleich unter a), doch ist der Prognosenormcharakter einer Vorschrift in vielen (und den hier besonders interessierenden) Fällen erst durch Auslegung der Norm ausfindig zu machen (dazu unter b).¹⁰³

a) Typische privatrechtliche Prognosebegriffe

Bei dem Begriff der Prognose handelt es sich nicht um einen privatrechtlichen Rechtsbegriff¹⁰⁴, sodass hier nur auf andere Umschreibungen und Begriffe zurückgegriffen werden kann, die in den weit überwiegenden Fällen und damit typischerweise Prognosecharakter aufweisen. Gleichwohl sei vor einem automatisierten Schluss von den nachfolgenden Begriffen auf die Eigenschaft einer Rechtsvorschrift als Prognosenorm bereits an dieser Stelle eindringlich gewarnt: Das Auffinden der entsprechenden Signalbegriffe kann zwar ein überaus gewichtiger Hinweis auf den Prognosecharakter einer Norm sein, von der weiteren Erforschung des Normgehalts durch Auslegung befreit es jedoch nicht zwangsläufig; eine stringente terminolo-

101 Koller, Theorie des Rechts, 2. Aufl. 1997, S. 208 f.; für das öffentliche Recht ebenso Nierhaus, DVBl 1977, 19, 21 f. sowie Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 12, der freilich wie bereits bemerkt auf den Zukunftsbezug als Merkmal verzichten will.

102 Schwabenhauer/Kling, VerwArch 101 (2010), 231, 232; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre 1982, S. 206; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 159; etwas abweichend Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 1, der das einzelne Tatbestandsmerkmal (also den Prognosebegriff) vereinfacht als Prognose-Tatbestand bezeichnet; kritisch zur Anerkennung einer eigenen Kategorie des Prognosebegriffs (für das öffentliche Recht) Müller-Glöge, Verwaltungsgerichtliche Kontrolle 1982, S. 15; Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht 1999, S. 49.

103 Für das Strafrecht unterscheidet auch Pollähne, Kriminalprognostik 2011, S. 13 ff. zwischen Signalbegriffen und „versteckten Prognoseklauseln“.

104 Und wohl auch ganz allgemein nicht um einen Rechtsbegriff, vgl. für das Strafrecht ders., Kriminalprognostik 2011, S. 13.

gische Systematik der Prognosebegriffe ist auch im Privatrecht nicht auszumachen.¹⁰⁵ Dabei soll sich die Betrachtung hier auf materiell-rechtliche Normen beschränken.

aa) Wahrscheinlichkeit

Wohl die engste terminologische Verbindung zur Prognose ist – wie sich bereits zwanglos aus den bisherigen Ausführungen ergibt – dem Begriff der „Wahrscheinlichkeit“ zu eigen. Auch dieser findet sich im geschriebenen Privatrecht jedoch eher selten, am prominentesten wohl in § 19 Abs. 2 S. 1 InsO, bei dem zur Feststellung einer Überschuldung einhellig anerkannt ist, dass eine sog. Fortführungsprognose (oder: Fortbestehensprognose) anzustellen ist.¹⁰⁶ Erwähnenswert erscheint auch § 505a Abs. 1 S. 2 BGB, der einem Darlehensgeber den Abschluss eines Immobilienverbraucherdarlehensvertrages nur erlaubt, wenn wahrscheinlich ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen vertragsgemäß nachkommen wird. Auch in diesem Zusammenhang wird dem Darlehensgeber eine Prognose hinsichtlich der Vertragserfüllung abverlangt.¹⁰⁷ Ein mahnendes Gegenbeispiel wiederum bildet § 498 Abs. 2 S. 2 HGB, der zwar im Rahmen einer Beweiserleichterung im Frachtrecht den Wahrscheinlichkeitsbegriff enthält, allerdings keinerlei Zukunftsbezug aufweist und daher keine Prognose erfordert.¹⁰⁸

bb) Gefahr/Bedrohung/Besorgnis/Erwartung

Besonders häufig werden Prognosen auch im Privatrecht jedoch im Zusammenhang mit den Begrifflichkeiten der „Gefahr“ oder der „Gefährdung“ relevant¹⁰⁹, was daher rührt, dass unter Gefahr auch im zivilrechtlichen Kontext die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen schädlichen Ereignis-

¹⁰⁵ Für das Strafrecht ebenso *ders.*, Kriminalprognostik 2011, S. 14.

¹⁰⁶ Vgl. nur Andres/Leithaus/Leithaus, § 19 InsO Rn. 6; BeckOK-InsO/Wolfer, § 19 InsO Rn. 10; Schmidt, in: *ders.* (Hrsg.), Insolvenzordnung 2016, § 19 InsO Rn. 46.

¹⁰⁷ Dazu MüKo-BGB/Weber/Schürnbrand, § 505a BGB Rn. 6; Artz, in: Bülow/Artz (Hrsg.), Verbraucher kreditrecht 2019, § 505a BGB Rn. 10.

¹⁰⁸ Vielmehr soll die entsprechende Regelung bei unsicherer Diagnose greifen.

¹⁰⁹ Für das Strafrecht zum Charakter dieser Begriffe als Prognosebegriffe Pollähne, Kriminalprognostik 2011, S. 14 f. und Walter, JZ 2006, 340, 341 f.

ses verstanden wird.¹¹⁰ Es kann daher kaum überraschen, dass der Prognosecharakter der (Auflistung bei weitem nicht abschließend) §§ 1666 Abs. 1, 1667 BGB (Gefährdung für Kindeswohl bzw. Kindesvermögen), § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Gefahr für Betreutenwohl), § 908 BGB (Gefahr eines Gebäudeeinsturzes), § 1133 S. 1 BGB (Hypothekengefährdung) oder § 228 BGB (Notstand bei Gefahr für Rechtsgüter) einhellig anerkannt ist.¹¹¹ Eng verwandt hiermit sind die Begriffe der „Bedrohung“, der „Besorgnis“¹¹² oder der „Befürchtung“, die im Privatrecht unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der entsprechenden Regelungen faktisch synonym zum Gefahr-/Gefährlichkeitsbegriff verwendet werden.¹¹³ Auch drohende, zu besorgende oder zu befürchtende Ereignisse sind solche, die nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und nur in Zukunft auftreten können, sodass diese drei Begriffe ebenfalls typische Prognosebegriffe darstellen. Folglich besteht auch kein Streit darüber, dass § 18 Abs. 1 InsO (drohende Zahlungsunfähigkeit), § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB (drohender Gesundheitsschaden für Betreuten; die Austauschbarkeit mit dem Begriff der Gesundheitsgefahr ist hier aufgrund des direkten Vergleichs zu Nr. 1 besonders offensichtlich) genauso wie die §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 862 Abs. 1 S. 2, 12 S. 2 BGB (jeweils Unterlassungsansprüche bei Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen), § 2249 Abs. 1 S. 1 BGB (Besorgnis der Testierunfähigkeit) und § 1385 Nr. 2 BGB (Befürchtung von Handlungen zur Vereitelung des Ausgleichsanspruchs) jeweils als Prognosestatbestände zu qualifizieren sind.¹¹⁴ Beispiele wie

110 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 15.

111 Auf den Prognosenormcharakter dieser Vorschriften wird in der Literatur daher jeweils nur mehr oder weniger beiläufig hingewiesen, siehe *Kemper*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 2019, § 1666 BGB Rn. 2; BeckOGK-BGB/*Burg-hart*, § 1666 BGB Rn. 90 (für § 1666 BGB); *Marschner*, in: Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht 2019, § 1906 BGB Rn. 10 (für § 1906 BGB); BeckOGK-BGB/*Kiehnle*, § 1133 BGB Rn. 16 (für § 1133 BGB); *Erman-BGB/Wagner*, § 228 BGB Rn. 3 (für § 228 BGB; auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand 2002, S. 171 ff. spricht fortwährend von „Gefahrenprognose“).

112 So auch *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 15.

113 Hierzu für das Strafrecht plastisch *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 15: „Wo Gefahren umgehen, grassiert die Furcht“.

114 Vgl. nur *Andres/Leithaus/Leithaus*, § 18 InsO Rn. 4; BeckOK-InsO/*Wolfer*, § 18 InsO Rn. 21; *Schmidt*, in: ders. (Hrsg.), Insolvenzordnung 2016, § 18 InsO Rn. 11 (für § 18 InsO); *Marschner*, in: Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht 2019, § 1906 BGB Rn. 19 (für § 1906 BGB); für § 1004 BGB siehe nur BeckOK-BGB/*Fritzsche*, § 1004 BGB Rn. 87, die entsprechenden Ausführungen lassen sich hinsichtlich der Feststellung des Prognosecharakters der Norm auf andere insoweit wortgleich formulierte Unterlassungsansprüche übertragen; für § 2249 BGB deutlich *Regenfus*, JR 2012, 137.

§ 908 BGB (drohender Gebäudeeinsturz) oder § 228 BGB (Notstand bei drohendem Schaden) zeigen gar, dass die entsprechenden Begriffe durchaus sogar in Kombination („drohende Gefahr“) verwendet werden. Weniger negativ konnotiert kommt der Signalbegriff der „Erwartung“ daher, der beispielsweise in § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB (Scheitern der Ehe nur, wenn auch Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann) enthalten ist und ebenfalls eine Beurteilung der Zukunft, mithin eine Prognose impliziert.¹¹⁵

cc) Erforderlichkeit

Bereits zum öffentlichen Recht wurde festgehalten¹¹⁶, dass Prognosen außerdem häufig im Zusammenhang mit Verhältnismäßigkeitserwägungen virulent werden. Die Feststellung, dass das Regulierungsinstrument des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von Prognosen abhängig ist¹¹⁷, ist derweil ohne Weiteres auch auf das Privatrecht übertragbar.¹¹⁸ Daher lässt sich postulieren, dass insbesondere der Begriff der „Erforderlichkeit“ – Teilgrundsatz des Verhältnismäßigkeitsprinzips – als typischer Prognosebegriff einzuordnen ist.¹¹⁹ Dementsprechend sind beispielsweise Vorschriften wie die § 637 Abs. 1 BGB, § 670 BGB, § 1648 BGB, § 2124 Abs. 2 BGB, § 110 HGB (jeweils Ersatz erforderlicher Aufwendungen) oder die §§ 40 Abs. 2, 37 Abs. 2, Abs. 6 S. 1, 39 Abs. 3 BetrVG (jeweils Beschränkung der Übernahme von Kosten der betrieblichen Mitbestimmung auf ein erforderliches Maß) ganz zwanglos als Prognosenormen zu klassifizieren. Eine besondere Stellung nehmen insoweit Regelungen wie die § 1666 Abs. 1 BGB, § 1906

115 Vgl. nur *Kappler*, in: Henrich/Althammer (Hrsg.), Familienrecht 2020, § 1565 BGB Rn. 19; *Jauernig/Budzikiewicz*, § 1565 BGB Rn. 2; *Kemper*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 2019, § 1565 BGB Rn. 4.

116 Siehe oben B. I. 3. a).

117 Siehe nur *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit 2001, S. 46 ff., 109 ff.; *Dechsling*, Verhältnismäßigkeitsgebot 1989, S. 2; *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats 1983, S. 248; *Hirschberg*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 1981, S. 51 ff.

118 Vor allem *Bieder*, Verhältnismäßigkeitsprinzip 2007, S. 82; *ders.*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 25; ebenso in der Sache *Holly*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 1989, S. 57 ff. (für das Kündigungsrecht); *Kreuz*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 1988, S. 124 ff. (für das Arbeitskampfrecht) und *Stubbe*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 2002, S. 38, 40 (für den Gesellschafterausschluss).

119 So auch *Regenfus*, JR 2012, 137; für das Strafrecht ebenso *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 16 f.

Abs. 1 BGB, § 908 BGB oder § 228 BGB ein, die bereits im Zusammenhang mit dem Gefahrbegriff genannt wurden, neben der Gefahrprognose aber zusätzlich auch das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit enthalten und daher im Ergebnis gar nach zwei (voneinander abzugrenzenden) Prognosen verlangen.

Auch die in der privatrechtlichen Terminologie weitgehend synonym verwendete Formulierung einer „Notwendigkeit“¹²⁰ weist regelmäßig auf das Vorliegen einer Prognosenorm hin. Derlei Vorschriften finden sich dabei vor allem im Recht des Verwendungsersatzes beispielsweise in den §§ 536a Abs. 2, 590b BGB (notwendige Verwendungen des Mieters bzw. Landpächters), § 994 Abs. 1 BGB (notwendige Verwendungen des Besitzers) oder § 347 Abs. 2 S. 1 BGB (notwendige Verwendungen nach Rücktritt).

b) Bedeutung der Auslegung zur Feststellung von Prognosetatbeständen

Jenseits dieser verhältnismäßig unproblematischen Fälle kann sich der Rechtsanwender nicht damit begnügen, die mithilfe eines Signalbegriffs getroffene Feststellung einer Prognosenorm lediglich einer kritischen Überprüfung durch Auslegung zu unterziehen; er muss vielmehr durch dezidierte Anwendung der unterschiedlichen Auslegungsmethoden den Prognosetatbestand aus mehr oder weniger vagen Gesetzesformulierungen autonom extrahieren.¹²¹

aa) Wortlaut/Systematik/Historie

Eine solche Auslegung hat wie üblich vom Wortlaut der zu untersuchenden Norm auszugehen.¹²² Hier ist zu berücksichtigen, dass die soeben exemplarisch genannten typischen Prognosebegriffe keine gleichsam abschließende

120 Bieder, Verhältnismäßigkeitsprinzip 2007, S. 212.

121 Der Hinweis von *Regenfus*, JR 2012, 137, die Notwendigkeit einer Prognose ergebe sich stets aus dem Normzusammenhang oder aus der Natur der Sache ist daher zu oberflächlich, es sind vielmehr zumindest alle vier traditionellen Auslegungscanonnes heranzuziehen.

122 Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 320; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 141; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 731; Reimer, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 281.

Aufzählung darstellen, sondern weitere Begrifflichkeiten, Formulierungen und grammatikalische Besonderheiten auf den Prognosecharakter einer Norm schließen lassen können. So können Formulierungen im Konjunktiv¹²³ oder in einem Futur-Tempus als erster Anhaltspunkt durchaus für das zukunftsorientierte Konditionalprogramm einer Regelung und daher für deren Prognosecharakter sprechen. Begriffe, die eng mit den genannten Signalbegriffen verwandt sind oder einen ähnlichen Bedeutungsgehalt aufweisen, deuten ebenfalls regelmäßig auf das Vorliegen eines Prognosetatbestandes hin.

Daran anschließend ist nach dem inneren Zusammenhang der Gesetzgebung¹²⁴, mithin nach systematischen Anhaltspunkten für das Vorliegen eines Prognosetatbestands zu fragen.¹²⁵ Schon die bisherigen rechtlichen Einblicke lassen jedoch insbesondere unter Verweis auf die von Norm zu Norm differierende „Prognoseterminologie“ den Schluss zu, dass eine geschlossene gesetzliche Prognosensystematik in Bezug auf das gesamte Privatrecht nicht existiert.¹²⁶ Daher geht es jedenfalls nicht an, allein aufgrund des Fehlens eines typischen Prognosebegriffs – per argumentum e contrario¹²⁷ – vorschnell den Prognosecharakter einer Vorschrift zu verneinen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass für bestimmte Normenkomplexe durchaus systematische Argumente die Feststellung eines Prognosetatbestandes erleichtern können. So ergibt sich beispielsweise aus der Feststellung, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im geschriebenen Recht stets mit Prognosen verbunden ist, die Folgerung, dass auch solche Normen als Prognosenormen einzuordnen sind, deren Tatbestand ungeschriebene Verhältnismäßigkeitserwägungen erfordert.¹²⁸ Ob auch andere Teilbereiche

123 So für das Strafrecht auch *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 17.

124 Allgemein zur systematischen Auslegung nur *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 324 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 744 ff.

125 Für diese Reihenfolge der Methodenanwendung für Gesetzestexte in „mangelhaftem Zustand“ – zu denen die als problematisch zu klassifizierenden Prognosetatbestände aufgrund ihrer insoweit festzustellenden Unbestimmtheit sicher zu rechnen sind – schon *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts Bd. 1 1840, S. 223 ff.; in neuerer Zeit beispielsweise *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 343 ff.

126 Für das Strafrecht mit derselben Erkenntnis *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 17.

127 Hierzu als Element der systematischen Auslegung nur *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 319.

128 Ob dem so ist, ist eine hiervon unabhängige und im Einzelfall ebenfalls schwer zu beantwortende Frage, hierzu umfassend *Bieder*, Verhältnismäßigkeitsprinzip 2007, S. 183 ff., 259 ff., der das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip lediglich bei der Kollision mit absolut geschützten Rechten oder deliktisch geschützten Rahmen-

des Privatrechts in ähnlicher Weise von einer Prognosesystematik geprägt sind, wird noch zu untersuchen sein.

Weniger ergiebig erscheint zumindest im Regelfall die Erforschung der Gesetzeshistorie¹²⁹, hält sich der Gesetzgeber soweit ersichtlich doch insbesondere in den Gesetzesmaterialien¹³⁰ mit Äußerungen zum Prognosecharakter von Normen gerade in Zweifelsfällen weitreichend zurück. Dennoch erscheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass ausnahmsweise auch die historische Auslegung Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Prognosenorm liefern kann.

bb) Zweckorientierte Auslegung

Lässt sich nach grammatikalischer, systematischer und historischer Auslegung schließlich der Prognosecharakter einer Norm nicht mit hinreichender Gewissheit ermitteln, so sind zuletzt objektiv-teleologische Kriterien zur Bestimmung privatrechtlicher Prognosestatbestände hinzuzuziehen.¹³¹

Hierfür soll angenommen werden, dass es typische Gesetzeszwecke gibt, die in objektiv sinnvoller Weise nur erreicht werden können, wenn eine in der jeweiligen Vorschrift angeordnete Rechtfolge an zukünftige und überdies (bloß) wahrscheinliche Entwicklungen anknüpft. Eine solche Typisierung unterschiedlicher Prognosenormzwecke ist auch in anderen Rechtsgebieten zuweilen anzutreffen, im Privatrecht bisher jedoch weitgehend unbeachtet geblieben ist.¹³² So werden nach dem Prognosezweck im öffentlichen Recht mal Planungs-, Gefahrenabwehr-, und Sicherungsprognosen¹³³, mal

rechten sowie bei Ausübung fremdnütziger Rechtspositionen vollumfänglich zur Anwendung bringen möchte.

129 Instrukтив zu dieser Auslegungsmethode beispielsweise *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 347 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 328 ff.

130 Zu diesen als bedeutender Erkenntnisquelle der historischen (genauer: genetischen) Auslegung *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 350; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 330.

131 *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 333; allgemein zur teleologischen Auslegung beispielsweise *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 357 ff. m. w. N.

132 Soweit ersichtlich knüpft lediglich *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 42 f. für das Privatrecht teilweise an eine solche Typisierung an, wenngleich die von diesem vorgeschlagenen Differenzierungen in der Sache nicht vollends überzeugen können.

133 So *Leber*, Dynamische Effizienzen 2018, S. 29.

Verhältnismäßigkeits-, Beurteilungs- und Gefahrprognosen¹³⁴ voneinander unterschieden. Dass zumindest Verhältnismäßigkeitsprognosen auch im Privatrecht von besonderer Relevanz sind, wurde hier bereits festgestellt. Zwar ist es aufgrund der schier unendlich erscheinenden Vielzahl privatrechtlicher Prognosenormen nicht möglich, all diese Normen einem abschließenden und gleichsam übersichtlichen Katalog typischer Prognosezwecke zuzuordnen, doch sollen hier dennoch einige wiederkehrend anzutreffende Prognosenormzwecke für die weitere Untersuchung exemplarisch herausgegriffen werden. Dies erscheint sinnvoll, da eine solche Zwecktypisierung zum einen die Bestimmung von Prognosenormen erleichtern kann und zum anderen davon auszugehen ist, dass zweckähnliche Prognosenormen auch vergleichbare Problematiken aufweisen, die zumindest potenziell einer ähnlichen (und damit kohärenten) Lösung zugeführt werden können.

c) Typische Prognosenormzwecke im Privatrecht

aa) Störungs- und Konfliktvorbeugung

Als Musterbeispiel für einen typischen Prognosenormzweck kann zuvorderst auf die zivilrechtliche Störungs- und Konfliktvorbeugung (Prävention) verwiesen werden¹³⁵. Verfolgt eine Norm den Zweck, eine bestimmte¹³⁶, zumeist rechtlich missbilligte¹³⁷, erstmalige oder wiederholte Veränderung zu verhüten oder deren Folgen zu begrenzen, so ist regelmäßig zunächst die hinreichende Wahrscheinlichkeit ebendieser Veränderung festzustellen. Kann in Bezug auf die zu untersuchende Regelung daher (zumindest auch)

134 Koch/Rubel/Heselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 230.

135 Auf diesen Zweck von Prognosen im Recht stellt beispielsweise auch Bieder, in: Kreutz/Rentfle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 24 vorrangig ab.

136 Nicht angesprochen werden soll hiermit die übergeordnete Präventionsfunktion einiger Normen und Normenkomplexe im Sinne einer (generellen oder individuellen) Verhaltenssteuerung wie sie beispielsweise für das Schadensrecht diskutiert wird, vgl. hierzu ausführlich Möller, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts 2006, passim.

137 Feuchte, Die Verwaltung 1977, 291, 305 stellt richtigerweise heraus, dass es sich bei der Analyse von Prognosetatbeständen im Recht stets lohnt danach zu fragen, ob die vorhergesagte Zukunft von Gesetzes wegen gebilligt, in Kauf genommen oder verhindert werden soll; so im Anschluss daran auch Hoppe, FG 25 Jahre BVerwG 1978, S. 295, 309.

ein solcher Normzweck ermittelt werden, so wird in aller Regel davon auszugehen sein, dass die entsprechende Vorschrift eine Prognosenorm darstellt.¹³⁸ Dabei kann typologisch weiter zwischen Prävention im engeren Sinne und Vorsorge unterschieden werden.¹³⁹

(1) Prävention im engeren Sinne/Gefahrenabwehr

Präventionszwecke im engeren Sinne verfolgen solche Normen, die auf Rechtsfolgende Maßnahmen zur zielgerichteten Verhinderung eines Prognoseereignisses zulassen oder vorsehen.¹⁴⁰ Dieser Prognosenormtypus findet sich vor allem im Bereich der „klassischen“ privatrechtlichen Gefahrenabwehr¹⁴¹ und ist durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die zugrunde liegenden Prognosen – zumindest wenn sich die daraufhin ergriffene Maßnahme als abwehrtauglich erweist – mittelbar einen selbstzerstörerischen Effekt¹⁴² aufweisen. Prävention in diesem eng verstandenen Sinne ist jedoch nur in Bezug auf solche Prognoseereignisse denkbar, die durch rechtlich vorgesehene Maßnahmen überhaupt abwendbar sind: Ein Gesundheitsschaden kann durch eine Notstandshandlung (§ 228 BGB) verhindert, ein Gebäudeeinsturz (§ 908 BGB) durch das Ergreifen von Stabilisierungsmaßnahmen vereitelt werden.

138 Für das Tatbestandsmerkmal der Zuverlässigkeit im Verwaltungsrecht gehen auch *Schwabenhauer/Kling*, *VerwArch* 101 (2010), 231, 248 f. davon aus, dass bei teleologischer Betrachtung der Präventionszweck der untersuchten Norm auf das Vorliegen eines Prognosetatbestandes schließen lässt.

139 Diese Unterscheidung knüpft an die in der Präventionsforschung in der Sozialwissenschaft bekannte Differenzierung zwischen Risikovermeidung und Risikomanagement an, vgl. hierzu *Bröckling*, *Behemoth. A Journal on Civilisation* 1 (2008), 38, 41.

140 So für den Musterfall der Gefahrenprognose auch *Gentges*, *Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht* 1995, S. 43.

141 Auf diesen Bereich weist auch *ders.*, *Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht* 1995, S. 43 hin, der allerdings den Begriff der „Gefahrprognosen“ pauschal für alle Arten von vorbeugenden Vermeidungsprognosen nutzt.

142 Zu selbstzerstörenden Prognosen *Picot*, *DB* 1977, 2149, 2151; *Nierhaus*, *DVB* 1977, 19, 25; *Tettinger*, *DVB* 1982, 421, 424; von einem bloß mittelbar selbstzerstörenden Effekt wird hier gesprochen, da genau genommen nicht die Prognose selbst, sondern lediglich die auf ihrer Basis durch die Prognosenorm gestatteten Maßnahmen unmittelbar zu einer Änderung der tatsächlichen Lage führen.

(2) Vorsorge

Das Recht reagiert jedoch zusätzlich auf Situationen, in denen Maßnahmen zur Verhinderung eines bestimmten Ereignisses keinen Erfolg (mehr) versprechen, eine zukünftige, sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Faktoren ergebende Veränderung aber dennoch rechtlich missbilligt ist. In derartigen Fällen können Normen lediglich eine präventive Adaption (Vorsorge) bezwecken¹⁴³ und halten daher Rechtsfolgen bereit, die vorbeugend eine bloße Anpassung an die als wahrscheinlich erkannte Veränderung ermöglichen. So kann zwar der Tod einer Person als solcher mit rechtlich vorgesehenen Mitteln oft nicht verhindert werden, doch sieht § 2249 Abs. 1 S.1 BGB zur Anpassung die Möglichkeit eines Nottestaments vor dem Bürgermeister vor. Solcherlei Vorsorgeprognosen teilen den selbstzerstörenden Charakter der Abwehrprognosen nicht in gleichem Maße und werfen daher im Zusammenhang mit ihrer Überprüfung abweichende Fragen auf.

Freilich ist zu bemerken, dass je nach genauer Formulierung des Prognoseereignisses Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Prognosenormen mit Vorsorge- und solchen mit Gefahrenabwehrzweck auftreten können, weil sich die Abwehr letztlich nur als die schärfste Form der Vorsorge darstellt¹⁴⁴; Für eine typologische Einordnung ist jedoch das Abstellen auf den übergeordneten Prognosenormzweck der Störungs- oder Konfliktvermeidung vollkommen ausreichend.

bb) Anpassung

Zuweilen sind Rechtsnormen des Privatrechts jedoch nicht lediglich veränderungsorientiert formuliert, sondern knüpfen demgegenüber gerade an die Kontinuität bestimmter Faktoren für einen näher zu bestimmenden Zeitraum an.¹⁴⁵ Mit anderen Worten erlaubt oder verlangt das Recht in solchen Fällen eine Anpassung der Rechtslage an bestimmte Zustände nur un-

143 Ob auch *Leber*, *Dynamische Effizienzen* 2018, S. 29 diesen Vorsorgezweck von (öffentlich-rechtlichen) Prognosen meint, wenn er von der „Sicherung des Status Quo“ spricht, wird aus dem Zusammenhang nicht zweifelsfrei deutlich.

144 Würde man im Kontext des § 2249 BGB beispielsweise nicht den „Tod“, sondern den „Tod vor Testamentsabfassung“ als maßgebliches Prognoseereignis betrachten, so könnte man die Vorschrift zwecktypologisch auch zwanglos der Prävention im engeren Sinne und damit der Gefahrenabwehr zuordnen.

145 *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575, 576 f. nutzen in diesem Zusammenhang den Begriff der Stabilitätsprognose.

ter der einschränkenden Voraussetzung, dass ebendiese Zustände für einen gewissen zukünftigen Zeitraum als wahrscheinlich konstant angenommen werden können. Leiharbeitnehmer sind im Betriebsverfassungsrecht nur dann wahlberechtigt, wenn eine Einsatzzeit im Entleiherbetrieb von mindestens drei Monaten prognostiziert werden kann (§ 7 S. 2 BetrVG), Ehescheidungen nur dann statthaft, wenn eine Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft dauerhaft ausgeschlossen erscheint (§ 1565 Abs. 1 S. 2 BGB). Bezweckt eine Norm daher die dauerhafte oder zumindest zeitweilige Anpassung an zukünftige Zustände, so kann dies häufig ebenfalls als starkes Indiz für die Charakterisierung einer Norm als Prognosenorm gedeutet werden.

III. Ziel und Gang der Untersuchung

Die nunmehr vorgenommenen Typisierungen in Bezug auf Terminologie und Telos von Prognosenormen dürfen trotz ihres Wertes für die weitere Untersuchung nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine gleichsam übergreifende wie erschöpfende Systematisierung von Prognosenormen im Privatrecht je nach Herangehensweise entweder utopisch oder aber sachwidrig erscheint¹⁴⁶: Utopisch dann, wenn der Versuch unternommen würde, alle Prognosenormen des Privatrechts zu identifizieren und Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Widersprüche in deren Anwendung differenzierend aufzudecken; Sachwidrig dann, wenn bei dem Versuch der Systematisierung der äußerst heterogenen Prognosenormen lediglich der größte gemeinsame Nenner gesucht und jede dezidierte Problemuntersuchung unterbleiben würde.¹⁴⁷

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis soll diese Arbeit den Spagat wagen zwischen der ausdifferenzierten Untersuchung einzelner privatrechtlicher Prognosenormen und der Suche nach übergreifenden und verallgemeinerungsfähigen Strukturen. Hierfür soll zunächst der Untersuchungsgegenstand in sinnvoller Weise final konkretisiert und sodann Gang und Methoden der weiteren Untersuchung vorgestellt werden.

146 Die von *Bieder*, in: *Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012*, S. 23, 25 geäußerte Hoffnung auf eine „geschlossene Systematik oder umfassende Methodik privatrechtlicher Prognoseentscheidungen“ lässt sich daher in dieser Absolutheit vermutlich (und in dieser Arbeit mit Rücksicht auf den Umfang ganz sicher) nicht vollends erfüllen.

147 Die Untersuchung strafrechtlicher Prognoseprobleme aus ähnlichen Gründen einschränkend *Frisch*, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983*, S. 2.

1. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes

Die Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes durch nähere Kategorisierung von Prognosenormen könnte theoretisch anhand einer Vielzahl weiterer Trennlinien erfolgen. So wird im öffentlich-rechtlichen Schrifttum häufig nach dem Umfang einer Prognose zwischen Global-, General-, und Einzelfallprognose¹⁴⁸, nach dem Prognosegegenstand zwischen Verhaltens- und Zustandsprognose¹⁴⁹ und hinsichtlich des Prognostizierenden zwischen Legislativ-, Judikativ- und Administrativprognose¹⁵⁰ unterschieden.¹⁵¹ Im Strafrecht wird teils auch eine Differenzierung entsprechend dem Prognosehorizont nach lang-, mittel- und kurzfristigen Prognosen vorgeschlagen.¹⁵² Derartige Kategorisierungen, die an den unterschiedlichen Aspekten des Prognoseatbestands ansetzen, begegnen keinen grundsätzlichen Bedenken und lassen sich zumindest zum Teil auch für die privatrechtliche Rechtsdiskussion fruchtbar machen.¹⁵³

Zum Zwecke der Konkretisierung des hiesigen Untersuchungsgegenstandes erscheinen die soeben vorgeschlagenen Kategorisierungen dennoch ungeeignet, knüpfen sie doch an Kriterien an, die in den pathologischen Fällen gerade der genaueren Untersuchung bedürfen. Sinnvoller erscheint es vielmehr, die weitere Verengung anhand einer systematischen Trennlinie vorzunehmen, die in anderen Rechtsgebieten nur eingeschränkt oder gar nicht möglich, im Privatrecht jedoch von herausgehobener Bedeutung ist:

148 Breuer, Der Staat 1977, 21, 32; Ossenbühl, FS Menger 1985, S. 731, 734.

149 Zu den besonderen Problemen der Verhaltensprognose nur Schwabenhauer/Kling, VerwArch 101 (2010), 231, 243.

150 Zwischen Legislativ- und Exekutivprognosen differenzieren für die Feststellung eines Prognosespielraums beispielsweise Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 504; ders., FS Menger 1985, S. 731, 734; Breuer, Der Staat 1977, 21, 25; auf die Unterscheidung von originären Gerichtsprognosen und der Kontrolle fremder (v.a. administrativer) Prognosen weisen Schwabenhauer/Kling, VerwArch 101 (2010), 231, 234 und Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 497 hin.

151 Zusammenfassend Schwabenhauer/Kling, VerwArch 101 (2010), 231, 232; Leber, Dynamische Effizienzen 2018, S. 29.

152 Pollähne, Kriminalprognostik 2011, S. 7.

153 So lässt sich auch im Privatrecht beispielsweise zwischen originären Gerichtsprognosen (exemplarisch § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB) und der Überprüfung von Fremdprognosen durch ein Gericht unterscheiden, vgl. auch Regenfus, JR 2012, 137, 138.

Die Unterscheidung von Prognosenormen mit und ohne Bezug zu vertraglichen Schuldverhältnissen.¹⁵⁴

a) Prognosenormen ohne Bezug zu vertraglichen Schuldverhältnissen

Die privatrechtlichen Prognosenormen ohne Bezug zu vertraglichen Schuldverhältnissen weisen dabei – wie sich aus den bisherigen Erkenntnissen bereits ganz zwanglos ergibt – eine hohe thematische Streubreite auf. Prognosen begegnen dem Rechtsanwender bei der Begründung gesetzlicher Schuldverhältnisse (beispielsweise § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) genauso wie im Bereich der „klassischen“ privatrechtlichen Gefahrenabwehr, im Nachbarschaftsrecht oder im Insolvenzrecht. Dabei zeigt sich ohne Weiteres, dass die entsprechenden Problemkonstellationen trotz der vorgenommenen Typisierungen als außerordentlich heterogen beschrieben werden können; die Entwicklung einheitlicher und gleichsam sachgerechter Lösungen zur Behandlung von Prognoseproblemen erscheint hier aus diesem Grunde kaum möglich.

b) Prognosenormen im Kontext vertraglicher Schuldverhältnisse

Auf den ersten Blick etwas übersichtlicher stellt sich dagegen der Bereich der Prognosen im Kontext vertraglicher Schuldverhältnisse dar, der sich zunächst je nach Art des entsprechenden Schuldverhältnisses weiter ausdifferenzieren lässt.

Eine solche differenzierende Behandlung von Prognoseproblemen nach Art des Schuldverhältnisses könnte dabei zunächst an den unterschiedlichen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts ansetzen.¹⁵⁵ Einen derartigen Weg wählen beispielsweise diejenigen, die sich dezidiert und ausschließlich mit Prognoseproblematiken in unterschiedlichen Teilbereichen des Arbeitsrechts beschäftigen.¹⁵⁶ Eine auf einer solchen Einteilung basierende Verengung des Untersuchungsgegenstandes hat vor allem den Vor-

154 Zur Abgrenzung von privatrechtlichen Schuldverhältnissen nach ihrem Entstehungsgrund beispielsweise *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 51 ff.

155 Zur Differenzierung nach Art der Leistung auch *dies.*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 16.

156 Vor allem *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen

zug, die Besonderheiten der unterschiedlichen Vertragstypen auch im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Prognoseproblemen erschöpfend berücksichtigen und die Untersuchung dennoch in angemessenem Umfang halten zu können. Andererseits besteht – gleichsam als Kehrseite der Medaille – die Gefahr, dass bei einer derartig spezialisierten Untersuchung die systematische Kohärenz des Schuldrechts unter einer allzu einzelfallorientierten Bearbeitung leidet und übergreifende Wertungen übersehen werden. Im Dienste des oben beschriebenen Spagats soll eine Differenzierung hier daher gerade nicht bei den unterschiedlichen Vertragstypen sondern auf einer höher angeordneten Ebene ansetzen. Da rechtliche Prognosen stets einen Zukunfts- und damit unverkennbar einen zeitlichen Bezug aufweisen, erscheint es sinnvoll, auch die Abgrenzung der zu betrachtenden Schuldverhältnisse anhand zeitlicher Kriterien vorzunehmen. Hiernach lassen sich vor allem zwei Arten von Schuldverträgen unterscheiden: Solche, die sich in einem einmaligen Leistungsaustausch erschöpfen und solche, die eine dauerhafte Leistungsbeziehung zum Inhalt haben.¹⁵⁷

aa) Schuldverhältnisse mit einmaligem Leistungsaustausch

Als vertragliche Schuldverhältnisse mit einmaligem Leistungsaustausch seien solche Schuldverhältnisse bezeichnet¹⁵⁸, die keine länger andauernde oder wiederholende Leistung zum Gegenstand haben, sondern bei denen der Leistungsumfang stattdessen von vornherein zeitunabhängig bestimmt werden kann.¹⁵⁹ Nicht von Belang ist in diesem Zusammenhang, ob die versprochene und von vornherein festgelegte Gesamtleistung in mehreren Teilen oder in Raten erbracht werden soll – eine solche Vertragsgestaltung

Kündigungsschutzrecht 2012; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015; *Oberthür*, DB 2001, 2246 ff.

157 Explizit zum Faktor der Zeit in vertraglichen Schuldverhältnissen mit weiteren Differenzierungen *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 20 ff.; instruktiv auch *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 10 ff.

158 Tatsächlich erweist sich die Formulierung eines Komplementärbegriffs zum Dauerschuldverhältnis als schwierig, weshalb unterschiedliche Bezeichnungen kursieren, vgl. zusammenfassend *Gernhuber*, Schuldverhältnis 1989, S. 380; ob man den Begriff des „einfachen“, „punktuellen“ oder „vorübergehenden“ Schuldverhältnisses der hier gewählten Terminologie vorzieht, ist letztlich eine bloße Geschmacksfrage solange nur klargestellt ist, dass im Ergebnis eine Negativabgrenzung zum Dauerschuldverhältnis erfolgen soll.

159 Vgl. *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 47.

allein verleiht dem Schuldverhältnis demnach nicht den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses.¹⁶⁰

Auch in solchen Schuldverhältnissen mit einmaligem Leistungsaustausch kann dem Faktor Zeit jedoch nicht pauschal jegliche Bedeutung abgesprochen werden, weshalb rechtlich relevante Prognosen auch in diesem Bereich nicht vollkommen obsolet sind. Dies gilt zuvorderst für den Zeitabschnitt zwischen Vertragsschluss und Fälligkeit der Leistung, in welchem sich die Leistungsfähig- und/oder Willigkeit des Schuldners durchaus verändern kann. Als Reaktion auf eine so resultierende Erfüllungsgefährdung¹⁶¹ erlaubt § 323 Abs. 4 BGB als Vorschrift des allgemeinen Schuldrechts einen Rücktritt bereits vor Fälligkeit, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Sowohl Wortlaut („werden“; Futur I) als auch Zweck (vorbeugende Störungsprävention) der Norm lassen zwanglos den Schluss zu, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Prognosenorm handelt.¹⁶² Darüber hinausgehend setzen sich Stimmen dafür ein, den Rechtsgedanken des § 323 Abs. 4 BGB auf weitere (weniger „offensichtliche“) Fälle des antizipierten Vertragsbruchs zu übertragen und so den strengen Wahrscheinlichkeitsmaßstab der Vorschrift aufzuweichen¹⁶³, sodass auch in diesem Zusammenhang durchaus interessante Prognoseprobleme auftauchen können. Dies gilt umso mehr, als vergleichbare Erwägungen im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen vor Fälligkeit ebenfalls angestellt werden.¹⁶⁴ Ähnlich verhält es sich auch mit § 321 Abs. 1 S. 1 BGB, der dem Gläubiger bei einer Anspruchsgefährdung

160 Dies., Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 47; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 10; die Abgrenzung zum Dauerschuldverhältnis bereitet im Detail Schwierigkeiten und ist daher nicht unumstritten (zusammenfassend zum Meinungsstand mit eigener Stellungnahme *Meier*, ZfPW 2016, 233 ff.) allerdings sind die praktischen Ergebnisse hinsichtlich der Zuordnung der unterschiedlichen Vertragsgestaltungen in vielen Bereichen letztlich unbestritten, sodass eine dezidierte Aufarbeitung des Meinungsstandes für die hiesigen Zwecke unterbleiben kann.

161 Diesen Begriff nutzen beispielsweise BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 323 BGB Rn. 6, Soergel/*Gsell*, § 323 BGB Rn. 130.

162 Die Erforderlichkeit einer Prognose stellen im Ergebnis auch Soergel/*Gsell*, § 323 BGB Rn. 134; *PWW/Stürner*, § 323 BGB Rn. 8; BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 323 BGB Rn. 6; *MüKo-BGB/Ernst*, § 323 BGB Rn. 136; *Schmidt-Kessel*, ZIP 2018, 2199, 2209 ausdrücklich fest.

163 So beispielsweise *Staudinger/Schwarze*, § 323 BGB Rn. B 168 ff.; BeckOGK-BGB/*Looschelders*, § 323 BGB Rn. 230 ff.

164 Für eine analoge Anwendung von § 324 Abs. 4 BGB in diesem Zusammenhang beispielsweise *Jaensch*, ZGS 2004, 134 ff.; *ders.*, NJW 2003, 3613, 3614; *Grüneberg/Grüneberg*, § 281 BGB Rn. 8a; *Heinrichs*, FS Derleder 2005, S. 87, 98; für eine Anbindung

(Signalbegriff) die Unsicherheitseinrede gewährt und dem Rechtsanwender daher ebenso eine Prognose abverlangt. Für § 324 BGB (Rücktritt wegen Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht) ist dagegen umstritten, ob dieser vorrangig präventive Zwecke verfolgt und deshalb zwecks Feststellung einer Wiederholungsgefahr zuweilen eine Prognose des zukünftigen Schuldnerverhaltens erfordert oder lediglich vergangene und gegenwärtige Pflichtverletzungen zu berücksichtigen sind.¹⁶⁵

Abseits dieser recht speziellen Fälle erscheint jedoch wegen der dort ungleich größeren Bedeutung des Zeitmoments ein systematischer Zusammenhang zwischen Prognosen und vertraglichen Dauerschuldverhältnissen sachlich näherliegender¹⁶⁶, weshalb der Bereich der Schuldverhältnisse mit einmaligem Leistungsaustausch für die weitere Untersuchung jedenfalls insoweit außen vor bleiben soll, wie ihm keine verallgemeinerungsfähigen Gedanken abgewonnen werden können.

bb) Dauerschuldverhältnisse

Damit sei der Blick gelenkt auf die privatrechtlichen Dauerschuldverhältnisse, die nunmehr vor allem in § 314 BGB eine prominente Spezialregelung erfahren haben.¹⁶⁷ Weil sich der Gesetzgeber im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes aber nicht zu einer Legaldefinition dieser Kategorie von Schuldverhältnissen durchringen konnte¹⁶⁸, liegt ein auch im Detail einheitliches Begriffsverständnis bis heute in weiter Ferne. Zum Zwecke der Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes soll es an dieser Stelle ausreichen, das vertragliche Dauerschuldverhältnis dadurch zu charakterisieren, dass infolge einer unbestimmten oder vereinbarten Lauf-

an § 281 BGB Staudinger/Schwarze, § 281 BGB Rn. B 182; kritisch zum Ganzen MüKo-BGB/Ernst, § 281 BGB Rn. 71.

165 Bejahend im Zusammenhang mit lediglich drohenden Rücksichtnahmepflichtverletzungen Staudinger/Schwarze, § 324 BGB Rn. 47; ablehnend dagegen MüKo-BGB/Ernst, § 324 BGB Rn. 8.

166 Vgl. beispielsweise Stürner, JURA 2016, 163, der explizit auf den Zukunftsbezug von Dauerschuldverhältnissen hinweist.

167 Meier, ZfPW 2016, 233; schon bevor der Begriff des Dauerschuldverhältnisses Eingang in die Gesetzessprache fand, war er im Anschluss an die Arbeit von Gierke, JherJb 64 (1914), 355 ff. Gegenstand dogmatischer Untersuchungen.

168 In BT-Drs. 14/6040, 177 wird lediglich darauf verwiesen, der Begriff des Dauerschuldverhältnisses sei „von Rechtsprechung und Rechtslehre herausgearbeitet worden, [und] seit langem allgemein anerkannt“.

zeit fortwährend neue Pflichten für die Vertragsparteien begründet werden und dem Zeitelement daher eine besondere Bedeutung zukommt.¹⁶⁹ Ein besonderes persönliches Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien ist dagegen anders als das Erfordernis der ständigen Pflichtenanspannung weder hinreichende noch notwendige Bedingung zur Feststellung eines Dauerschuldverhältnisses.¹⁷⁰ Der Begriffsinhalt wird besonders plastisch, wenn man sich exemplarisch¹⁷¹ diejenigen Vertragstypen vor Augen führt, bei denen die Einordnung als Dauerschuldverhältnis allgemein anerkannt ist: Für Miete, Pacht, Leihe, Verwahrung, Darlehen, Leasing, Factoring und Franchising ist die Zuordnung ebenso unproblematisch möglich wie für Dienstvertrag, Arbeitsvertrag und Gesellschaft.^{172, 173} Der Umfang der geschuldeten Hauptleistung ist bei derartigen Schuldverträgen lediglich mithilfe der Zeit quantifizierbar¹⁷⁴, sodass zuweilen gar von einem jedem Dauerschuldverhältnis inhärenten „Prognoserisiko“ gesprochen wird.¹⁷⁵ Gemeint ist hiermit – insofern terminologisch etwas irreführend – das „Zukunftsrisiko“, das Dauerschuldverhältnissen aufgrund ihres Zeitbezugs notwendig anhaftet und das verständige Rechtssubjekte bei Vertragsschluss üblicherweise durch eigene (aber rechtlich meist unerhebliche¹⁷⁶) Prognosen zu minimieren suchen. Es drängt sich so geradezu auf zu untersuchen, ob die rechtliche Behandlung von Dauerschuldverhältnissen auch nach

169 So die h. M. Grüneberg/Grüneberg, § 314 BGB Rn. 2; MüKo-BGB/Gaier, § 314 BGB Rn. 6; Horn, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 561; Erman-BGB/Böttcher, § 314 BGB Rn. 3a; Soergel/Teichmann, § 314 BGB Rn. 10.

170 AK-BGB/Krebs/Jung, § 314 BGB Rn. 8; Soergel/Teichmann, § 314 BGB Rn. 10; MüKo-BGB/Gaier, § 314 BGB Rn. 6; Horn, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 561; a. A. Staudinger/Olzen, § 241 BGB Rn. 365: „Berechtigung des Kriteriums vertrauensvollen Zusammenwirkens für ein Dauerschuldverhältnis kennzeichnend“.

171 Aus dogmatischer Sicht können freilich die unterschiedlichsten Schuldinhalte Gegenstand von Dauerschuldverhältnissen sein, sodass eine abschließende Aufzählung weder möglich noch sinnvoll ist, vgl. Gernhuber, Schuldverhältnis 1989, S. 381 mit Fn. 13 unter Verweis auch auf Gierke, JherJb 64 (1914), 355, 394.

172 Beim Gesellschaftsvertrag kommt noch eine organisationsrechtliche Komponente hinzu, vgl. nur Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 11; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 6 Rn. 2; Wiedemann, ZGR 1996, 286.

173 Vgl. nur Gernhuber, Schuldverhältnis 1989, S. 381 f.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 11 sowie MüKo-BGB/Gaier, § 314 BGB Rn. 7 f. mit zahlreichen weiteren Beispielen.

174 Oetker, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 135; MüKo-BGB/Gaier, § 314 BGB Rn. 6.

175 MüKo-BGB/Gaier, § 314 BGB Rn. 6; BeckOGK-BGB/Martens, § 314 BGB Rn. 14; Erman-BGB/Böttcher, § 314 BGB Rn. 3a; Stürner, JURA 2016, 163; in der Sache ebenso Paschke, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 136.

176 Dazu sogleich B. III. 1. b) bb) (3).

rechtserheblichen Prognosen verlangt, wobei hier gar noch weiter nach unterschiedlichen Phasen des Dauerschuldverhältnisses differenziert werden kann: Der Vertragsbeendigung, der Vertragsdurchführung und dem Vertragsschluss.

(1) Prognosen bei Vertragsbeendigung

Das Vertragsstadium, das bis dato besonders häufig und eng mit Prognoseproblematiken in Verbindung gebracht wird, ist zweifelsfrei jenes der Vertragsbeendigung, welche bei Dauerschuldverhältnissen in aller Regel durch (ordentliche oder außerordentliche) Kündigung erfolgt.¹⁷⁷ Im Zusammenhang mit der außerordentlichen Kündigung weist bereits die allgemeine Regelung des § 314 BGB¹⁷⁸ („Fortsetzung (...) nicht zugemutet werden kann“, § 314 Abs. 1 S. 2 BGB) zur Konkretisierung des wichtigen (Kündigungs-)Grundes ihrem Wortlaut nach ganz zweifellos einen Zukunftsbezug auf¹⁷⁹, sodass deren Prognosenormcharakter zumindest naheliegt und sich eine nähere Untersuchung im Hinblick auf die hiesige Themenstellung geradezu aufdrängt.

Im Bereich des Arbeitsrechts wird seit geraumer Zeit gar ein „kündigungsrechtliches Prognoseprinzip“ postuliert, wonach, im Kern, eine arbeitgeberseitige Kündigung lediglich dann sozial gerechtfertigt sein könne (§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG), wenn das Arbeitsverhältnis durch den Kündigungsgrund auch in Zukunft beeinträchtigt sein wird.¹⁸⁰ Diese Idee des Zukunfts-

177 Zu der engen Verbindung von Dauerschuldverhältnissen und Kündigung *Gernhuber*, Schuldverhältnis 1989, S. 390; Dauerschuldverhältnisse können darüber hinaus beispielsweise auch durch Zeitablauf (hierzu noch unten B. III. 1. b) bb) (3)) oder Parteivereinbarung enden, auch ein Rücktritt ist – vor allem bei nicht in Vollzug gesetzten Schuldverhältnissen – denkbar, vgl. hierzu BGH 25.03.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004, 2006; BGH 19.02.2002 – X ZR 166/99, NJW 2002, 1870; BeckOGK-BGB/*Martens*, § 314 BGB Rn. 90; MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 BGB Rn. 3; ausführlich *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 349 ff.

178 Die freilich für zahlreiche und bedeutende Dauerschuldverträge durch Spezialregelungen im besonderen Teil des Schuldrechts verdrängt wird, vgl. nur *Jauernig/Stadler*, § 314 BGB Rn. 2.

179 BeckOGK-BGB/*Martens*, § 314 BGB Rn. 26; jurisPK-BGB/*Weth*, § 314 BGB Rn. 13; AK-BGB/*Krebs/Jung*, § 314 BGB Rn. 33.

180 Prägend insbesondere *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 322 ff. vor allem unter Bezugnahme der früheren Arbeiten von *Herschel*, FS G. Müller 1981, S. 191, 202 ff.; *ders.*, Anm. zu BAG AP Nr. 78 zu § 626 BGB; dazu ausführlich unten C. II. 1. b) .

bezugs von Kündigungsgründen wird in der Folge teils auch im sozialen Mietrecht fruchtbar gemacht¹⁸¹, sodass es durchaus lohnenswert erscheint zu untersuchen, inwieweit die in diesen Bereichen gewonnenen Erkenntnisse möglicherweise gar die Grundlage zur Destillation eines allgemeinen Rechtsgedankens im Kündigungsrecht der Dauerschuldverhältnisse bilden können. Die Untersuchung von Prognoseproblemen im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung soll aus diesen Gründen einen Schwerpunkt der weiteren Untersuchung darstellen.

(2) Prognosen bei Vertragsdurchführung

Im Stadium der Vertragsdurchführung können Prognosen insbesondere zum Zwecke der (auch vorbeugenden) Anpassung von Dauerschuldverhältnissen Bedeutung erlangen. Die Anpassung von Dauerschuldverhältnissen richtet sich dabei im Allgemeinen nach dem Recht der Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 Abs. 1, 2 BGB. Hiernach kann Vertragsanpassung dann verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage eines Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, § 313 Abs. 1 BGB. Gleiches gilt, wenn sich wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, als falsch herausstellen, § 313 Abs. 2 BGB.

Dabei erscheint es ohne Weiteres denkbar, dass gerade ein prognostiziertes Ereignis oder eine prognostizierte Entwicklung die „wesentlichen Vorstellungen“ oder die „Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind“ darstellt. Im häufig bemühten Fall der Geldentwertung beispielsweise stellen die Parteien bei Vertragsschluss in der Sache die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Geldwertstabilität für den avisierten Vertragszeitraum fest¹⁸², sodass letztlich ein Prognoseereignis zur Geschäftsgrundlage erhoben wird. Nicht zu Unrecht wird § 313 BGB daher auch als „klassisches“ Instrument der Prognosekorrektur im Dauerschuldverhältnis angesehen.¹⁸³ Dabei soll ein Anpassungsanspruch nach ganz überwiegender

181 Stebut, NJW 1985, 289, 293, auch dazu eingehend unten C. II. 1. c).

182 Ähnlich MüKo-BGB/Finkenauer, § 313 BGB Rn. 15; richtigerweise kann auch in einer Kontinuitätsersparung ohne Weiteres eine relevante Fehlvorstellung erkannt werden, vgl. auch BeckOGK-BGB/Martens, § 313 BGB Rn. 55.1.

183 Bieder, in: Kreutz/Renfle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 46.

Ansicht jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn die Grundlagenstörung für die Parteien unvorhersehbar war, d. h. bei Vertragsschluss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den zukünftigen Nichteintritt der Störung sprach.¹⁸⁴ Auch dieses einschränkende Tatbestandsmerkmal erfordert im Ergebnis daher eine Prognose.

Besonders lohnt es sich jedoch zu thematisieren, welche Rolle Prognosen bei der Feststellung der Wesentlichkeit¹⁸⁵ einer Grundlagenstörung als Voraussetzung des Anpassungsanspruchs spielen können. Dabei stellt sich zum einen die bisher kaum beachtete Frage, ob § 313 BGB auch eine vorbeugende Vertragsanpassung im Hinblick auf eine bloß drohende Grundlagenstörung erlaubt, sodass auch in diesem Zusammenhang eine Prognose erforderlich würde.

Zum anderen erscheint es denkbar, dass eine Grundlagenstörung im Dauerschuldverhältnis jedenfalls nur dann als wesentlich angesehen werden kann, wenn eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für deren Fortdauer im Rahmen eines gewissen Zeithorizonts spricht. Auch insoweit ist daher möglicherweise eine Prognose der zukünftigen Entwicklung anzustellen, sodass sich hinsichtlich der Vertragsanpassung im Durchführungsstadium zahlreiche interessante Ansatzpunkte zur Untersuchung von Prognoseproblematiken bieten.

(3) Prognosen bei Vertragsschluss

In Bezug auf die Vertragsschlussphase ist wie bereits angedeutet weiter zwischen rein informatorischen und rechtserheblichen Prognosen zu unterscheiden.

Rein informatorische Prognosen sind solche, die die Parteien vor Vertragsschluss im Hinblick auf die Vertragsdurchführung anstellen und die vor allem dazu dienen, die Entscheidung zum Vertragsschluss vorzubereiten und etwaige Durchführungsrisiken durch eine adäquate Vertragsge-

184 BGH 09.01.2009 – V ZR 168/07, NJW 2009, 1348; BeckOGK-BGB/Martens, § 313 BGB Rn. 106; MüKo-BGB/Finkenauer, § 313 BGB Rn. 74; Jauernig/Stadler, § 313 BGB Rn. 24; Krit. zur insoweit unvollständigen Gesetzesformulierung auch Henssler, FS Huber 2006, S. 739, 748.

185 Der Begriff der „schwerwiegenden“ Veränderung aus Abs. 1 ist synonym zu verstehen, MüKo-BGB/Finkenauer, § 313 BGB Rn. 58; BeckOK-BGB/Lorenz, § 313 BGB Rn. 23; BeckOGK-BGB/Martens, § 313 BGB Rn. 108.

staltung prospektiv abzumildern oder auszuschließen.¹⁸⁶ Solche Prognosen sind rechtlich in aller Regel weder ausgeschlossen noch vorgeschrieben – sie sind lediglich empfehlenswert. So wird bereits jeder durchschnittlich vernünftige Mensch zumindest eine naive Rückgabeprognose¹⁸⁷ anstellen, wenn er einem Bekannten ein Buch ausleiht; verpflichtet ist er hierzu jedoch keineswegs.

Nur ganz ausnahmsweise ist eine vorvertragliche Prognose hinsichtlich einer störungsfreien Vertragsdurchführung gesetzlich angeordnet: Der bereits in anderem Kontext erwähnte § 505a Abs. 1 BGB schreibt dem Darlehensgeber bei Verbraucherdarlehensverträgen eine Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung vor. Zweck der damit konstituierten Prognosepflicht ist vor allem der Schutz des Verbrauchers (also des Vertragspartners!) vor den besonderen Risiken der finanziellen Überforderung¹⁸⁸, weshalb sich der Rechtsgedanke der Vorschrift nicht auf andere Dauerschuldverhältnisse (erst recht nicht auf solche außerhalb des Verbraucherschutzrechts) übertragen lässt¹⁸⁹ und die Norm letztlich eine Art Fremdkörper in der Zivilrechtsdogmatik darstellt. Regelmäßig überschreiten vorvertragliche Prognosen die Schwelle zur rechtlichen Relevanz dagegen erst dann, wenn das Prognoseereignis durch eine oder mehrere Parteien zur Geschäftsgrundlage i. S. v. § 313 BGB erhoben wird¹⁹⁰; die damit verbundenen Prognoseprobleme gehören dann allerdings wie gezeigt in den Bereich der Vertragsdurchführung (siehe soeben).

Rechtliche Bedeutung erlangen Prognosen bei Vertragsschluss vor allem jedoch im Kontext der zeitlichen Befristung von Dauerschuldverhältnissen

186 Hierzu *Rittershaus/Teichmann*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2003, S. 113 f.; *Junker/Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 4. Aufl. 2014, Rn. § 1 Rn. 19; *Kunkel*, Vertragsgestaltung, 1. Aufl. 2016, S. 54, letzterer verweist gar auf die besondere Bedeutung dieses Aspekts im Dauerschuldverhältnis.

187 Zum Begriff der naiven Prognose *Winker*, Empirische Wirtschaftsforschung, 4. Aufl. 2017, S. 298.

188 BeckOGK-BGB/*Knops*, § 505a BGB Rn. 2; MüKo-BGB/*Weber/Schürnbrand*, § 505a BGB Rn. 1; kritisch zu dieser in der Tat recht paternalistisch daherkommenen Regelung *Schmolke*, Bankrechtstag 2016 2016, S. 45, 79; *Erman-BGB/Nietsch*, § 505a BGB Rn. 3.

189 Freilich ist die Anwendung von § 505a Abs. 1 BGB durch §§ 506 Abs. 1, 514, 515 BGB explizit auch für unentgeltliche Verbraucherdarlehensverträge und sowie entgeltliche wie unentgeltliche Finanzierungshilfen vorgesehen.

190 Ansonsten handelt es sich bei der vorvertraglichen Prognose lediglich um ein unbeachtetes einseitiges Motiv, vgl. zur Unterscheidung der Kategorien „Vertrag“, „Motiv“ und „Geschäftsgrundlage“ nur BeckOGK-BGB/*Martens*, § 313 BGB Rn. 4 m. w. N.

insbesondere im (Wohnraum)Miet- und Arbeitsrecht. Für das Arbeitsrecht ist inzwischen gar – insofern sind Parallelen zur Entwicklung im Kündigungsrecht unverkennbar – von einem „Prognoseprinzip im Befristungsrecht“¹⁹¹ die Rede. Inwieweit die hierzu geführte Diskussion verallgemeinerungsfähige Argumente bereithält und ob die arbeits- und mietrechtlichen Erkenntnisse somit auch für die Befristung anderer Dauerschuldverhältnisse fruchtbar gemacht werden können, soll noch Gegenstand der weiteren Untersuchung sein.

2. Ziel der Untersuchung: Erarbeitung einer Prognosesystematik der Dauerschuldverhältnisse

Nach alledem ergeben sich auf der Ebene der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse aufgrund der hier besonderen Bedeutung des Zeitmoments in allen Vertragsstadien vielseitige Ansatzpunkte zur Untersuchung von Prognoseproblematiken – der Versuch einer übergreifenden Systematisierung der hiermit verbundenen Fragen ist gleichwohl auch für diesen Teilbereich des Privatrechts bis dato nicht unternommen worden.¹⁹² Dies ist schon deshalb besonders bedauerlich, weil sich das Erfordernis einheitlicher Rechtsanwendungsgrundsätze für vergleichbare Fragestellungen auch auf das Postulat der Rechtssicherheit stützt, sodass es gar von Verfassungs wegen geboten erscheint, Prognoseprobleme im vertraglichen Dauerschuldverhältnis einer möglichst kohärenten Lösung zuzuführen und damit willkürlich erscheinende Systembrüche zu beseitigen.¹⁹³ Daher widmet sich diese Arbeit im Folgenden dem Ziel, mittels Prinzipienbildung und darauf folgender Systematisierung einen Beitrag zur kohärenten Behandlung von Prognoseproblemen in vertraglichen Dauerschuldverhältnissen zu leisten. In diesem Zuge werden einerseits zahlreiche Spezialfragen zu Prognoseproblemen in besonderen Teilrechtsgebieten zu beantworten sein, andererseits aber auch Erkenntnisse generiert werden, die sich vom speziellen Untersuchungsgegenstand des Dauerschuldverhältnisses abstrahieren lassen und

191 Hierzu vor allem *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015; *Oberthür*, DB 2001, 2246 ff.

192 Skeptisch zur Systembildung im Recht der Dauerschuldverhältnisse aufgrund divergierender legislatorischer Wertungen *Paschke*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 138.

193 Dies stellt, allerdings beschränkt auf die arbeitsrechtlichen Kündigungsgründe, zu Recht auch *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 117 fest.

so die Behandlung privatrechtlicher Prognoseprobleme im Allgemeinen voranzubringen geeignet sind.

3. Gang und Methodik der Untersuchung

In der Sache soll sodann zunächst überprüft werden, ob abseits der oben angeführten Beispiele möglicherweise gar übergreifend von einem „Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis“ die Rede sein kann (C.), bevor im Anschluss „Leitlinien“ zum Umgang mit den aufgedeckten Prognosenormen in Bezug auf die einzelnen Prognoseaspekte entwickelt werden sollen (D.).

Dieser allgemeine Ansatz einer Systematisierung bzw. Prinzipienbildung ist aus methodischer Sicht allerdings nicht frei von Kritik geblieben.¹⁹⁴ So seien sowohl System- als auch Prinzipienbildung nahezu zwangsläufig mit der Formulierung rechtsfortbildender und vor allem selbstbestätigender Interpretationsergebnisse verbunden, sodass andere gesetzliche Aussagen möglicherweise zu Unrecht in den Hintergrund rückten.¹⁹⁵ Auch bestünde die Gefahr, entsprechende Erkenntnisgewinne durch eine Vielzahl von wechselwirkenden Systembegriffen und Prinzipien selbst zu relativieren.¹⁹⁶ Es wird sich indes schon im Zuge der begrifflichen Grundsteinlegung zur Prinzipientheorie zeigen, dass die Herleitung von Rechtsprinzipien der Anerkennung auch konkurrierender oder gar abweichender gesetzlicher Aussagen keineswegs entgegensteht, sodass sich erstgenannte Befürchtungen schon unter Hinweis auf die flexible und offene Handhabung von Rechtsprinzipien entkräften lassen. Der zweitgenannte Kritikpunkt geht vor diesem Hintergrund gar vollständig ins Leere: Nur weil sich gewonnene Erkenntnisse durch anderweitige Überlegungen möglicherweise relativieren, sollte auf die übrigenbleibenden Erkenntnisgewinne keinesfalls verzichtet werden.

194 Namentlich *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 28 f. hält die Systembildung im Zusammenhang mit privatrechtlichen Prognosen für einen verfehlten Untersuchungsansatz.

195 *Ders.*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 28 f., 57 f.

196 *Ders.*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 29, 58 f.