

Das Prognoseprinzip im Zivil- und Wirtschaftsrecht

– der Versuch einer Antizipation künftiger Realitäten –

Marcus Bieder

Inhalt

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

3.	Möglichkeiten und Grenzen einer Prognosekorrektur durch Rechtsfortbildung	46
VII.	Zusammenfassung	49

I. Einführung

1. Bedeutung von Prognoseentscheidungen im Zivil- und Wirtschaftsrecht

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

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

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

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

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

4 *Preis*, Prinzipien, § 12.

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

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

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

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

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

7 Exemplarisch zu § 314 BGB unten IV. 2.

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

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

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

2. Prognoseentscheidungen im Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit

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

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

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

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

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

II. Leitlinien für die Ermittlung der Prognosegrundlage

1. Trennung von prognoserelevanten Tatsachen und Erfahrungssätzen

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

2. Bedeutung der Vergangenheit für den Blick in die Zukunft

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Festlegung des normativ unzureichend konkretisierten Prognosemaßstabs

1. Maßstabsbildung als Akt der Risikozuweisung

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

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

2. Beispiele für Konkretisierungsbemühungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

32 Vgl. Nw. in Fn. 3.

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

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

35 §§ 111a Abs. 1, 112 Abs. 1 StPO.

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

Teleologisch sind nur Annäherungen an eine sachgerechte Problemlösung begründbar. Die Arbeit mit nur möglichen, aber nicht wahrscheinlichen Szenarien ist keine Prognose, sondern eine unzulässige Spekulation. Soll mit Hilfe von Vorhersagen die ungesicherte Zukunft der gewissen Gegenwart oder Vergangenheit gleichgestellt werden, ist die Wahrscheinlichkeit einer Entwicklung auch deshalb zu fordern, damit nicht sachwidrig Ungleiches gleich behandelt wird. Wie weit die Wahrscheinlichkeit der Sicherheit genau angenähert sein muss, lässt sich jedoch kaum allgemeingültig festlegen, sondern hängt von vielen, in Wechselwirkung zueinander stehenden und in der konkreten Rechtsanwendung mitunter ambivalenten Faktoren ab:

Eine nur vordergründig sachgerechte Lösung ergibt sich z. B. bei einer – auch aus anderem Zusammenhang bekannten³⁷ – Orientierung an der Bedeutung der durch die Prognose tangierten Rechtsgüter und Interessen. Der Maßstab wäre dann danach zu wählen, ob die Belange, die durch einen auf unsicherer Tatsachengrundlage durchgeführten Eingriff beeinträchtigt werden, höheres Gewicht besitzen als die Güter, die bei einer den status quo erhaltenden Entscheidung gefährdet sind. Allerdings ist es eher die Regel als die Ausnahme, dass in Prognosesituationen abstrakt gleichrangige Rechtsgüter kollidieren, so dass selbst für den Regelfall ein Rangverhältnis, welches Aufschluss über den Prognosemaßstab gäbe, nicht gebildet werden kann. Offenkundig ist dies im Arbeits- oder Familienrecht. Bei der Beendigungskündigung kollidieren im Kern die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers und die aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abzuleitende Unternehmerfreiheit.³⁸ Bei Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls stößt das Grundrecht zum Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) häufig auf den grundrechtlich gesicherten Anspruch des Kindes auf – nicht nur körperliche – Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und das Wächteramt des Staates (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG). Auch übersähe ein derart ausgewählter Maßstab, dass nach den allgemeinen Lehren der Grundrechtsdogmatik ein Vorrang bestimmter Belange nicht allein anhand des abstrakten Gewichts einer verfassungsrechtlich geschützten Position bestimmt werden kann, sondern in einer Abwägung auch das Ausmaß der Gefährdung, dem die betroffenen Rechtsgüter im Falle eines Eingriffs oder seines Unterlassens ausgesetzt sind, zu berücksichtigen ist.³⁹

37 *Feuerborn*, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht, 2003, S. 108 ff.; v. *Hoyningen-Huene*, Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978, S. 117 ff.; *Hubmann*, AcP 155 (1956) 85, 97 ff.; *Kraft*, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963, S. 66 ff.

38 Vgl. *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 202 ff.; v. *Hoyningen-Huene*, FS. 50 Jahre BAG, 2004, S. 369, 374; *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 28 f.

39 Vgl. BVerfGE 42, 163, 168; BVerfGE 60, 79, 89 f., 91.