

Empirische Rechtsforschung

VON ROBERT SCHWEIZER

Prof. Bergler berichtet in seinem Buch „Die Entwicklung der Verbrauchsforschung in Deutschland“:

„Zum ersten Male bediente sich 1940 das Gericht in einem Warenzeichenstreit eines Gutachtens auf Grund einer Verbraucherbefragung (Kammergericht in Berlin). Aus der Reihe solcher Gutachten kann eines durch das weithin bekanntgewordene Reichsgerichtsurteil vom 23. 6. 1941 (II/41) angeführt werden, wonach der Klägerin — der Allgäuer Alpenmilch AG — an der Bezeichnung „Alpenmilch“ ein Ausstattungsschutz im Sinne des § 25 WZG zusteht.“

Seit jener Zeit ist die GfK permanent als Gutachter für Gerichte, insbesondere auf dem Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, tätig. Man darf sich aber sicher nicht auf diesen Bereich beschränken.

Wir begrüßen es deshalb sehr, daß wir die nachstehenden Ausführungen von Herrn Dr. Schweizer zu dem großen Thema der von ihm so genannten „Empirischen Rechtsforschung“ den interessierten Kreisen vorstellen dürfen. Die Arbeit hat keine Vorbilder! Sie ist gleichermaßen für die Jurisprudenz, für die Wirtschaft und für die Markt- und Sozialforschungsinstitute von großer Bedeutung. Sie zeigt, wie die Empirische Forschung auf diesem Feld genutzt werden kann und muß.

Die Redaktion

1 Aufgabe der Abhandlung

Die Empirische Forschung, auch die Empirische Sozialforschung, beschäftigt sich bis jetzt nur gelegentlich und unsystematisch mit dem Rechtswesen. Notwendigkeit und Möglichkeiten Empirischer Forschung im Rechtswesen sind noch weitgehend unbekannt. Sie beschränken sich bei weitem nicht auf die Ermittlung einer Verwechslungsgefahr, der Verkehrsgeltung und des Handelsbrauchs. Diese Abhandlung gibt zunächst einen Überblick über den Stand der Empirischen Sozialforschung auf dem Gebiete des Rechtswesens. In einem zweiten Teil bringt sie Beispiele für noch unbekannt oder zumindest ungenutzte Anwendungsmöglichkeiten. Selbstverständlich kann und will sie keine vollständige, wissenschaftliche Gesamtdarstellung geben. Sie soll nur Markt- und Sozialforschungsinstituten, Gerichten, dem Gesetzgeber, Wirtschaftsunternehmen, Rechtsanwälten und allen anderen,

die sich mit Empirischer Rechtsforschung beschäftigen oder beschäftigen müßten, verdeutlichen, daß und wie die Empirische Forschung für die Rechtstheorie und vor allem auch für die Rechtspraxis stärker genutzt werden kann und muß¹.

2 Allgemeiner Teil der Empirischen Rechtsforschung

21 Die gebräuchlichen Begriffe²

21.1 Empirische Rechtssoziologie, Jusitzforschung, Richtersozioologie, soziologische Jurisprudenz

In der Wissenschaft liegt das Schwergewicht der Empirischen Sozialforschung auf dem Gebiet der sog. Empirischen Rechtssoziologie. Die Empirische Rechtssoziologie untersucht mit den Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung die wechselseitige Abhängigkeit von gesellschaftlichem Leben und Recht^{3,4}.

21.2 Rechtstatsachenforschung

Der Begriff Rechtstatsachenforschung ist schillernd. Die einen setzen Rechtstatsachenforschung mit Empirischer Rechtssoziologie gleich. Andere unterscheiden zwischen Rechtstatsachenforschung im engeren und im weiteren Sinne⁵. Wieder andere bezeichnen als Rechtstatsachenforschung die angewandte Empirische Rechtssoziologie (nur) auf dem Gebiete des gesamten Zivilrechts einschließlich des dazugehörigen Verfahrens.

Nußbaum⁶, der als Vater der Rechtstatsachenforschung gilt, gibt der Rechtstatsachenforschung den weitesten Sinngehalt. Auf Nußbaum kann auch die Rechtsprechung zurückgeführt werden, die zur Ermittlung des Tatbestandes für einzelne Rechtsanwendungsfragen repräsentative Umfragen berücksichtigt hat. Solche Rechtsprechung (die repräsentative Umfragen berücksichtigt) liegt bis jetzt vor allem vor zu:

- § 157 des Bürgerlichen Gesetzbuches, und zwar zum Begriff Verkehrssitte
- § 346 des Handelsgesetzbuches (Handelsbrauch)
- § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Alleinstellung einer berühmten Marke und andere Themen im Rahmen des Begriffs Sittenwidrigkeit)
- § 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Täuschungsgefahr)
- § 16 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Verkehrsgeltung eines Firmenzeichens)
- § 4 des Warenzeichengesetzes (Verkehrsgeltung)
- § 5 des Warenzeichengesetzes (Verwechslungsgefahr)
- § 15 des Warenzeichengesetzes (zeichenmäßiger Gebrauch)

- § 25 des Warenzeichengesetzes (Verkehrsgeltung)
- § 31 des Warenzeichengesetzes (Verwechslungsgefahr und Verkehrsgeltung)
- § 4 a. F. und § 17 n. F. des Lebensmittelgesetzes (im Rahmen eines Strafverfahrens: Irreführung des Verbrauchers)
- § 22 des Kartellgesetzes (relevanter Markt).

Beispiele aus dieser Rechtsprechung werden Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit Empirischer Rechtsforschung (= EmpRF) bereits verdeutlichen können:

a) Ermittlung von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“;
Urteil des Bundesgerichtshofes vom 12. 12. 1953. 4 b)

Würde sich die Rechtsprechung diese von Rechtsprechung und Schrifttum nur zustimmend beurteilte Entscheidung vom 12. 12. 1953 in der Praxis ständig gegenwärtigen, wäre Empirische Rechtsforschung für die Rechtsprechung alltäglich.

Der Eigentümer eines Düsseldorfer Geschäftshauses stritt mit dem Mieter darüber, ob der Mieter von 3 Etagen mit Neonleuchtbuchstaben an der Außenwand den Firmennamen anbringen dürfe. Der Mietvertrag enthielt dazu keine Regelung. Der Bundesgerichtshof entschied dazu:

§ 157 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“ Der Mietvertrag ist somit danach auszulegen, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verlangen. Was aber ist die Verkehrssitte? Die Verkehrssitte ist — so der Bundesgerichtshof — keine Rechtsnorm, sondern die den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung, die auch örtlich verschieden sein kann. Man muß daher prüfen, welche Verkehrssitte besteht, „und zwar durch Befragung aller verkehrsbeteiligten Kreise.“ Nach diesem Urteil genügt es somit nicht, daß sich ein Gericht nur vorstellt, welche Verkehrssitte (vermutlich) herrscht. Vielmehr müssen die verkehrsbeteiligten Kreise befragt werden. Der Bundesgerichtshof bestätigt damit eine der wichtigsten Ausgangsthesen der Empirischen Rechtsforschung: *Das Gericht kann — so ausdrücklich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 12. 12. 1953 — in der Regel für den einzelnen Rechtsstreit nicht beurteilen, welche (hier: örtliche) Verkehrssitte besteht.* (Vielmehr muß mit Empirischer Rechtsforschung die Verkehrssitte ermittelt werden. Welcher Aufwand zur Ermittlung der Verkehrssitte gerechtfertigt ist, ist eine andere Frage, vgl. dazu u. a. unten 22. 3.)

b) Handelsbrauch

§ 346 des Handelsgesetzbuches lautet: „Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“

Man wird schon von einer dahingehenden allgemeinen Gerichtspraxis sprechen können, daß Gerichte dann, wenn der Handelsbrauch rechtserheblich ist, grundsätzlich Gutachten der IHK einholen (vgl. dazu auch das vom DIHT herausgegebene Merkblatt zur Feststellung von Handelsbräuchen. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung: Der Bundesgerichtshof billigte in einem Urteil vom 1. 12. 1965⁴, daß das Berufungsgericht ein Gutachten der IHK berücksichtigte zu der Frage: besteht ein Handelsbrauch dafür, daß ein Schiffsmakler keine Provision erhält, wenn der Kaufvertrag ohne Verschulden des Makler-Kunden nicht vollzogen wird? (Gutachten der IHK: ein derartiger Handelsbrauch besteht.)

c) Verstoß gegen die guten Sitten

§ 1 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs bestimmt:

„Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.“

Auch zu § 1 des UWG liegen bereits zahlreiche Entscheidungen vor, die auf EmpRF aufbauen (die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit EmpRF wird aber in vielen Rechtsstreitigkeiten trotzdem noch übersehen; vgl. dazu auch unten 32. 3). Ein Beispiel zur Berücksichtigung EmpRF im Rahmen des § 1 UWG:

Die Inhaberin des Warenzeichens Kaloderma klagte gegen Basoderma auf Nichtgebrauch von „Kaloderma“ als Firmenbezeichnung. Das Berufungsgericht beauftragte ein Markt- und Sozialforschungsinstitut mit der Durchführung einer Umfrage, hob das erstinstanzliche Urteil auf Grund der Umfrageergebnisse auf und gab der Inhaberin des Warenzeichens Kaloderma recht. Der Bundesgerichtshof⁴ bestätigte das Berufungsurteil. Das Urteil unterstellte sogar die Zweckmäßigkeit EmpRF als selbstverständlich.

d) Urteile zur Ermittlung der Täuschungsgefahr im Rahmen des § 3 UWG

§ 3 regelt:

„Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs übergeschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlaß oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte *irreführende Angaben* macht, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden.“

Auch in Verfahren zu § 3 verwendet die Rechtsprechung regelmäßig EmpRF. Es liegen Urteile des Bundesgerichtshofs vor, die Berufungsurteile mit der Begrün-

dung beanstanden, daß das Gericht den rechtserheblichen Tatbestand nicht durch EmpRF hat ermitteln lassen.

— In seiner Entscheidung vom 28. 1. 1957⁷ mußte der Bundesgerichtshof beurteilen: wie wird ermittelt, ob „Erstes Kulmbacher“ den Anschein erwecken kann, es sei das beste und älteste Bier aus Kulmbach. Das Urteil hob das Berufungsurteil mit der Begründung auf: *Über die Frage, wie der Verkehr die angegriffenen Bezeichnungen versteht, hätte das Berufungsgericht nicht aus eigener Sachkunde entscheiden dürfen.* Es hätte vielmehr der Ermittlung der in Abnehmerkreisen tatsächlich herrschenden Auffassung bedurft. Das Berufungsgericht wird — so weist das Urteil an — „bei einer erneuten Verhandlung insoweit die Einholung des Gutachtens eines anerkannten Meinungsforschungsinstitut in Erwägung zu ziehen haben.“

— Die Buchgemeinschaft klagte gegen den Bertelsmann Lesering u. a. mit der Begründung, dieser dürfe sich nicht als Buchgemeinschaft bezeichnen, weil beim Bertelsmann Lesering Zwischenhändler eingeschaltet seien und deshalb nicht mehr von einer Buchgemeinschaft gesprochen werden könne. Der Bundesgerichtshof hob in einem Urteil vom 6. 6. 1958⁸ das Berufungsurteil mit der Begründung auf, es sei falsch, darauf abzustellen, was objektiv unter einer Buchgemeinschaft zu verstehen sei; entscheidend sei allein, was die von der Werbung angesprochenen Publikumskreise darunter verstünden. Und das Urteil betont noch, das Verständnis der Publikumskreise könne möglicherweise mit einer Befragung durch ein Meinungsforschungsinstitut ermittelt werden.

e) Ermittlung der Verkehrsgeltung zur Anwendbarkeit des § 16 UWG

Nach § 16 kann ein Firmenbestandteil ohne Kennzeichenkraft nur dann geschützt werden, wenn er Verkehrsgeltung besitzt. Einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. 3. 1956⁹ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, Lizenznehmerin der Firma Coca-Cola, klagte gegen die Lizenznehmerin der Firma Pepsi-Cola auf Unterlassung der Bezeichnung „Getränkemilch“. In erster und zweiter Instanz wurde die Klage abgewiesen, die Revision führte zur Zurückverweisung.

In den Vorinstanzen war eine von der IHK durchgeführte Befragung als Beweis für die Verkehrsgeltung verwertet worden. Die Klägerin bestritt, daß zur Ermittlung der Verkehrsgeltung der richtige Zeitpunkt angesetzt worden sei. Die Einholung eines neuen Gutachtens unterblieb, da es nach Ansicht des Berufungsgerichts aufgrund der Lebenserfahrung nicht zu erwarten sei, daß ein erneutes Gutachten Aufklärung in dieser Frage bringen würde.

Der Bundesgerichtshof würdigte diese Ansicht des Berufungsgerichts als eine unzulässige, vorweggenommene Beweiswürdigung, da kein Anhaltspunkt für einen

völligen Unwert eines weiteren Gutachtens als Beweismittel gegeben sei. Es genüge, so führte der BGH in seinem Urteil aus, das *Bestreiten des Klägers, um die Einholung eines Gutachtens durch ein anerkanntes Meinungsforschungsinstitut zu veranlassen.*

f) Ermittlung der Verkehrsgeltung in Warenzeichenprozessen

Wie für Firmenzeichen wurde die Verkehrsgeltung auch für Warenzeichen durch Meinungsforschungsinstitute ermittelt und deren Gutachten als Beweismittel verwertet. Zum Beispiel in der Entscheidung des BGH vom 8. 7. 1964¹⁰. Zu entscheiden war, ob für den Hersteller von Metallputzträgern das Warenzeichen „Rippenstreckmetall“ eingetragen werden durfte. Der Bundesgerichtshof erkannte an, daß mit einer Repräsentativumfrage die Daten dazu ermittelt wurden, daß „Rippenstreckmetall“ lediglich eine Beschaffenheitsangabe ohne Unterscheidungskraft darstellt.

g) Ermittlung der Verkehrsgeltung zu § 5 des Warenzeichengesetzes

Ebenfalls regelmäßig demoskopisch ermittelt werden seit längerem in der Rechtsprechung Verwechslungsgefahr und außergewöhnlich starke Verkehrsgeltung für Entscheidungen nach § 5 WZG; so z. B. in dem vom BGH mit Urteil vom 8. 10. 1969¹¹ entschiedenen Fall:

Die Klägerin benutzte als Bildzeichen drei Tannen und später auch eine Tanne. Die Beklagte verwendete als Bildzeichen einen dunklen Kreis, in dem eine stilisierte Tanne ausgespart war. Die Klägerin begehrte Unterlassung mit der Begründung, ihr Tannenzeichen besitze außergewöhnliche Verkehrsgeltung, und es bestehe Verwechslungsgefahr. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Das Gutachten eines Sozialforschungsinstituts ergab, daß das Zeichen der Klägerin bei etwa 1/4 bis zu 1/3 der als beteiligte Verkehrskreise in Betracht zu ziehenden Käufer (von Zuckerwaren) als Hinweis auf die Erzeugnisse der Klägerin bekannt war. Dies sei, so führte der BGH aus, zwar eine gesteigerte Verkehrsgeltung, jedoch keine überragende Verkehrsgeltung i. S. der von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze.

h) § 15 des Warenzeichengesetzes: zeichenmäßiger Gebrauch eines Bildzeichens

Bemerkenswert ist eine in GRUR 1969, 683 ff. veröffentlichte Entscheidung des Bundesgerichtshofes vor allem deshalb, weil sie die Anlage einer Studie beanstandet. Rothändle klagte gegen Brinkmann, weil Brinkmann ein Bildzeichen mit zwei Händen verwendete. Das befragende Institut legte Abbildungen vor, die jeweils nur eine Hand darstellten. Der BGH vertrat die Ansicht, den Befragten sei wesentliches Merkmal vorenthalten worden und ordnete eine ergänzende Fragestellung an.

i) Verkehrsgeltung eine Ausstattung (§§ 25, 31 WZG)

Umfangreich ist ferner die Judikatur zur Verkehrsgeltung und Verwechslungsfähigkeit von Ausstattungen, bei der EmpRF verwertet wurde. Auch zu diesem Gebiet liegen Entscheidungen vor, die erklären, daß sich die Gerichte nicht auf eigene Sachkunde verlassen dürften, sondern den rechtserheblichen Tatbestand durch EmpRF ermitteln müßten. Interessant ist dazu bspw. ein Urteil des BGH vom 14. 5. 1957¹¹. Der BGH ging von diesem Sachverhalt aus:

Die Klägerin stellt Füllfederhalter her, die unter der Bezeichnung „Tintenkuili“ Verkehrsgeltung erlangt haben. Sie versieht diese mit einem — als Warenzeichen eingetragenen — roten Ring.

Die Beklagte stellt Kugelschreiber her, die ebenfalls einen roten Ring aufweisen. Die Klägerin begehrt Unterlassung des Gebrauchs des roten Ringes.

In beiden ersten Instanzen wurde die Klage abgewiesen. Der BGH urteilte: Die Vorinstanzen hätten die Frage der Verkehrsgeltung und der Verwechslungsgefahr *nicht aus eigener Sachkunde* entscheiden dürfen. Vielmehr — so der BGH — müsse aufgrund des besonders großen Abnehmerkreises eine Beweiserhebung vorgenommen werden, und zwar in der Form, daß ein Gutachten eines anerkannten Meinungsforschungsinstitutes eingeholt werde.

21.3 Empirische Rechtsforschung (= EmpRF)

Der neu eingeführte Begriff² der Empirischen Rechtsforschung will umfassend die Ermittlung rechtserheblicher Tatbestände mit den Methoden und Techniken der Empirischen Forschung, insbesondere der Empirischen Sozialforschung und hier wiederum der Befragung, erfassen. Die unten Nr. 3 aufgeführten Beispiele verdeutlichen im einzelnen, was unter „Ermittlung rechtserheblicher Tatbestände mit den Methoden und Techniken der Empirischen Forschung“ zu verstehen ist.

22 Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit Empirischer Rechtsforschung

22.1 Grundsatz

Schon die oben 21.2 wiedergegebene Rechtsprechung offenbart Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit EmpRF. Grundsätzlich gilt:

Rechtserhebliche Tatbestände, die die Kenntnis der Einstellung und des Verhaltens anderer (mit) voraussetzen, kann der Einzelne nur unzuverlässig ermitteln. Das gilt z. B., wie erwähnt, für die Verkehrsrüte. Es gibt für die Ermittlung dieser Tatbestände kein „unzuverlässigeres Instrumentarium als die intuitive Alltagsforschung“¹². Die EmpRF stellt ein zuverlässigeres Instrumentarium, die Methoden und Techniken der Empirischen Forschung, zur Verfügung. Als zuverlässigeres Instrumentarium muß die EmpRF genutzt werden, solange im Einzelfall

keine schwerer wiegenden Gründe entgegenstehen. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um Erklärungs-, Prognose-, Maßnahme-, Deskriptions- oder Wertprobleme handelt.

Diese Erkenntnis setzt sich bis jetzt nur zögernd durch. Einer der Hauptgründe wird sein, daß einerseits den meisten Juristen „die Fragwürdigkeit der Lebenserfahrung als kritische Instanz für die Prüfung von Theorien nicht bewußt ist“¹³, und andererseits die Sozialwissenschaftler die juristische Fragestellung nicht kennen oder sich jedenfalls kaum darum bemühen, Notwendigkeit und Möglichkeiten der Soziologie für das Rechtswesen aufzuzeigen, weiter zu erforschen und durchzusetzen. „Viele Soziologen begnügen sich mit Reflexionen über Recht und Gesellschaft. Mit Reflexionen am Feierabend werden jedoch keine gesellschaftlichen (juristischen) Probleme gelöst“¹⁴, und die Juristen nicht von der Notwendigkeit einer Soziologie im Recht überzeugt.

Daß sich diese Erkenntnis doch allmählich durchsetzt, ist einem kleinen Kreis von Wissenschaftlern und Praktikern zu verdanken¹⁵. Bemerkenswert ist auch, daß jetzt eine „Vereinigung für Rechtssoziologie“ gegründet worden ist¹⁶. Marksteine für die Praxis sind solche Äußerungen wie:

a) Benda (der Präsident des Bundesverfassungsgerichts), Kreuzer¹⁷:

„Soziale Normen und Wertvorstellungen, auf die das Recht verweist, vermag die Empirische Sozialforschung mit jedenfalls ungleich größerer Verbindlichkeit festzustellen, als die zwangsläufig beschränkte Erfahrung des Richters. Die Heranziehung demoskopischer Gutachten durch die Gerichte wird voraussichtlich in nicht allzu ferner Zeit ebenso selbstverständlich sein wie die Verwendung von Gutachten technischer oder medizinischer Sachverständiger.“

b) Röhl¹⁸ unter Hinweis auf Steindorff:

„In einer industriellen Welt, die immer rascher und immer wirksamer Regulationsprozesse entwickelt und in der gerichtsbekannte Tatsachen immer häufiger mit allem, nur nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen, ist insbesondere das Entscheidungsmaterial der Obergerichte keine ausreichende Informationsquelle über die tatsächlichen Verhältnisse mehr. Erst die gewiß mühsame und vom Einzelnen nicht zu bewältigende Empirische Tatsachenermittlung ermöglicht rechtswissenschaftliche Lösungen.“

c) Bemerkenswert aus der Rechtsprechung ist, neben den bereits oben erwähnten Urteilen des Bundesgerichtshofs¹⁹, auch ein Beschluß des Oberlandesgerichts Köln vom 10. 6. 70²⁰:

„Das LG hätte, wenn es nicht zu dem Vergleich gekommen wäre, nach Auffassung des Senats über die Frage der Verwechslungsgefahr Beweis erheben müssen, und zwar entsprechend dem Antrag der Kl. durch Einschaltung eines anerkannten

Meinungsforschungsinstituts; denn die Gutachten solcher Institute werden allgemein als zulässige und geeignete Beweismittel zur Feststellung des Bekanntheitsgrads eines Warenzeichens, der Verwechslungsgefahr oder Verkehrsauffassung bei irreführender Werbung angesehen, weil die sonst um Auskunft ersuchten Industrie- und Handelskammern nicht an den Verbraucher herankommen* (folgen Hinweise auf Kommentare und zwei Bundesgerichtshofentscheidungen).

22.2 Einwand: Selbständigkeit der Rechtswissenschaft gegenüber der Sozialforschung.

Im juristischen Alltag wird voraussichtlich immer wieder eingewandt werden, „die Juristen dürften sich nicht den Sozialforschern ausliefern“ (so z. B. ein Teilnehmer auf einer Vortragsveranstaltung gegenüber dem Verfasser). Im Schrifttum ist dieser Streit jedoch bereits im wesentlichen ausgetragen. Röhl²¹ führt bspw. aus:

„Luhmann meint, die Juristen wären in großer Gefahr, pseudowissenschaftlichen Meinungen aufzusitzen, wenn sie soziologische Schriftsteller bei ihrer Tagesarbeit zu Rate zögen. Ich vermag diese Ansicht nicht zu teilen. Im Umgang mit Sachverständigengutachten aller Art sind die Richter daran gewöhnt und darin geschult, von dem Wissen anderer Disziplinen selektiv Gebrauch zu machen.

Es ist deshalb nicht zu befürchten, daß ihnen gerade auf dem ihnen vergleichsweise vertrauten Gebiet der Rechtssoziologie das nötige Unterscheidungsvermögen fehlen sollte. Letztlich kommt es aber darauf gar nicht an. Ausschlaggebend ist nämlich, daß man den Richtern gar nicht untersagen könnte, sich soziologischer Argumente zu bedienen. Wenn aber derart argumentiert werden darf, dann ist es wohl besser, wenn der Richter seine Lebens- und Berufserfahrung durch anerkanntes Fachwissen zu ergänzen versucht.“

Andererseits findet EmpRF selbstverständlich dort ihre Grenze, wo es — vgl. oben 22.1 — nicht mehr darum geht, rechtserhebliche Tatbestände zu ermitteln, die die Kenntnis der Einstellung und des Verhaltens anderer (mit) voraussetzen. Mit anderen Worten: Dort, wo unabhängig von Einstellung und Verhalten Dritter Rechtsentscheidungen getroffen werden sollen, bedarf es EmpRF allenfalls zur Absicherung der Entscheidung. Die EmpRF soll selbstverständlich nicht Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Exekutive bevormunden. Nur dort, wo die Rechts- und Sozialordnung verlangt, daß Einstellung und Verhalten anderer bekannt sein müssen, bedarf es EmpRF.

Man wird demnach im Einzelfall genau überprüfen müssen, ob der Rechtsstab (bspw. Gesetzgeber und Richter) berechtigt oder verpflichtet ist, nach eigener Erfahrung und nach eigenen Ansichten oder Absichten zu entscheiden; oder ob er Einstellung und Verhalten anderer berücksichtigen muß. Diese Unterscheidung gewinnt u. a. für den Gesetzgeber Bedeutung, wenn er entscheiden muß, ob er die

Interessen gleichmäßig nach ihrem objektiven Gewicht oder ob er Partikularinteressen unverhältnismäßig stark berücksichtigen soll. So schreibt Noll²², auch zur Erklärung der Gesetzesflut:

„Eine bekannte Gefahr besteht darin, daß die Interessen, die es gegeneinander abzuwägen gilt, nicht richtig erkannt und so auch nicht in ihrem wirklichen Gewicht eingeschätzt werden, weil sie verschleiert werden, sei es durch vorgeschobene Ideologien, sei es auch ganz einfach durch Täuschung. Die Schwierigkeiten, die einer objektiven Information des Gesetzgebers entgegenstehen, wachsen daher mit dem Gewicht der ihn bedrängenden Interessen und der Effizienz ihrer Organisation. Kämen die Interessen in der Gesetzgebung gleichmäßig und proportional nach ihrem objektiven Gewicht, z. B. nach den berechtigten Bedürfnissen und der Zahl der Menschen, die sie empfinden, zum Zuge, so würde dies schließlich geradezu automatisch zu einer gerechten Interessenabwägung führen. Tatsächlich aber sind es häufig gerade unberechtigte Forderungen kleiner Minderheiten, Partikularinteressen, die sich besonders gut durchzusetzen vermögen.“

Für die Gerichte gewinnt diese Unterscheidung vor allem auch — ich komme darauf noch mehrmals zurück — Bedeutung bei Anwendung des § 1 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und des § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Beide Bestimmungen wollen ihre Anwendbarkeit nicht dem Empfinden des einzelnen Richters überlassen, der zufällig den Einzelfall entscheidet. Im rechtssoziologischen Schrifttum stellt diese Ansicht zumindest die „herrschende Meinung“ dar²³. Exemplarisch für den Stand der Diskussion in der Rechtsprechung und den Standardcommentaren zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist diese Äußerung²⁴:

„Der Grundsatz von Treu und Glauben führt zu einer starken Individualisierung. Insbesondere bringt die Anwendung des § 242 die Gefahr mit sich, daß die Rechtssicherheit durch Wegfall der Vorausberechenbarkeit ausgehöhlt wird und daß an die Stelle genereller und klarer Normen das *Billigkeitsempfinden des Richters bis hin zur Willkür tritt*. . . . Daß hier ernste Gefahren bestehen, ist unbestreitbar. Ihnen wird begegnet durch die *Berücksichtigung der Verkehrssitte*, die einen generalisierenden Maßstab für die Wertung der Tatumstände und Interessen liefert.“

Insofern besteht keine Gefahr der Bevormundung der Gerichte durch die EmpRF; vielmehr wird in der Praxis eher die EmpRF gegen eine (in aller Regel unbewußte) Bevormundung der von den Gesetzen Betroffenen und des Gesetzgebers durch die Gerichte benötigt. Insofern kann man auch von einer „Demokratisierung“ der Rechtsprechung sprechen.

Wie der rechtserhebliche Tatbestand, also z. B. die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise sowie die Verkehrssitte, ermittelt werden, ist eine andere Frage²⁵. Davon zu unterscheiden ist auch die Frage, inwieweit „Unsitten“ vorliegen und inwieweit diese unbeachtlich sind. Selbst wenn

die Rechtsprechung im Einzelfall ausnahmsweise über den Tatbestand, insbesondere die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise, hinweggehen darf, kann damit nicht gerechtfertigt werden, generell auf die empirische Ermittlung des (rechtserheblichen) Tatbestandes zu verzichten. Etwas anderes hieße, die Ausnahme zum Grundsatz zu erheben. Wozu eine Verkehrung des Grundsatzes in der Praxis führen würde, zeigen bspw. die Hinweise unten 22.3 und 32. 11/32. 12.

22.3 Einwand: Aufwand der EmpRF. Ermessensfreiheit der Gerichte zur Beachtung EmpRF.

Ganz am Anfang steht die Diskussion zu der Frage, inwieweit auf EmpRF durch repräsentative Befragung wegen des mit ihr verbundenen Aufwandes verzichtet werden soll. Als Tendenz ist jedoch bereits heute erkennbar, daß der mit der EmpRF verbundene Aufwand grundsätzlich keinen Verzicht auf Empirische Forschung rechtfertigt.

Für viele Themen ist bereits auf den ersten Blick offenkundig, daß die Durchführung von Untersuchungen wirtschaftlich ist. Das gilt vor allem für das Gesetzgebungsverfahren. Hätte der Gesetzgeber vor Einführung des Kindergeldes empirisch untersucht, wie der von ihm verfolgte Sinn und Zweck erreicht werden kann, hätte er jedenfalls über eine Million Mark einsparen können, die später zur Information der Betroffenen und für andere Maßnahmen aufgewandt werden mußten. Ein Schriftsteller, ich meine Bender, hat im übrigen darauf aufmerksam gemacht, daß oft schon das Jahresgehalt eines aufgrund einer Fehlentscheidung des Gesetzgebers falsch eingesetzten Beamten die Kosten einer empirischen Untersuchung erreicht. Interessant ist in diesem Zusammenhang noch ein Artikel von Beckert „Was mißglückte Gesetze kosten“, der am 20. 12. 1975 in der FAZ erschienen ist und u. a. ausführt:

„Bundeskanzler Schmidt hat einmal jene Leute, die Gesetze machen, und die, welche sie ausführen müssen, so beschrieben: Unsere Verwaltung ist unter Akten begraben, unsere Gesetze ruinieren die Verwaltung und zerstören das Vertrauen in den Staat. Das ist lange her. Schmidt war damals, 1966, Innensenator in Hamburg und erlebte den ‚fürchterlichen Fleiß des Gesetzgebers‘ — so ein Kommunalpolitiker heute — in einer Landesverwaltung, die zugleich Kommunalverwaltung ist. ... Die baren Kosten, mit denen Kommunen den ‚fürchterlichen Fleiß der Gesetzgeber‘ bezahlen müssen ... Sie müssen nicht nur das Gesetz ausführen, wobei ihr widersinnige Bestimmungen eines anderen Gesetzes in die Quere kommen: Sie muß es unter Umständen einem aufgebrachtten Bürger erklären. Das wird, je mehr Mitbestimmung wohlmeinende Politiker fordern, um so schwieriger.“

Die unten 3 aufgeführten Beispiele zeigen darüber hinaus, daß sich selbst zur Klärung des Tatbestandes für einzelne Rechtsstreitigkeiten EmpRF „lohnen“

kann. Opp** weist darauf hin, daß in großen Prozessen oft sogar schon (ohne Rücksicht auf die Ergebnisse) „der Aufwand sicherlich kaum größer wäre, wenn man hier die Soziologie anwendete; denn dies hätte lediglich die Konsequenz, daß eine Reihe von Recherchen, die fragwürdige Daten erbringen, nun von besser geschulten und informierten Kräften durchgeführt werden.“

Opp und andere gehen so weit zu erklären: Unterstellt, „daß eine weitgehende Anwendung der Soziologie im Recht insgesamt einen erhöhten Aufwand nach sich zieht; wird man nun aufgrund dieses Tatbestandes von der Anwendung der Soziologie absehen? Diese Frage ist sicherlich zu verneinen. Die Herausnahme eines entzündeten Blinddarms verursacht Aufwand; trotzdem wird man deshalb niemand sterben lassen. Das Vorhandensein des Bundesgerichtshofs verursacht Kosten. Trotzdem wird man diesen nicht auflösen.“

Auch wenn man zur Zeit zurückhaltender urteilen möchte, wird man zugunsten der EmpRF darüber hinaus diese, soweit ersichtlich, bis jetzt noch nicht vorgetragenen, Überlegungen berücksichtigen müssen:

- Aufgabe der Sozialforschungsinstitute wird u. a. sein, Methoden und Techniken (weiter) zu entwickeln, die kostengünstige Untersuchungen erlauben. Für die juristische Fragestellung werden oft gröbere Daten ausreichen. So wird es bei Tatbestandsermittlungen zu „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ häufig keiner großen Fallzahlen bedürfen. Meist werden, anders als bspw. bei Wahlprognosen, ungefähre Ergebnisse ausreichen. Große Bedeutung kann deshalb in der EmpRF die sog. sequentielle Stichprobe gewinnen, deren theoretische Grundlagen zwischen 1940 und 1950 von Abraham Wald in den Vereinigten Staaten ausgearbeitet worden sind. Diese sequentielle Stichprobe erlaubt verhältnismäßig kleine Stichproben, ohne daß die (Zuverlässigkeits-)Risiken zu groß werden.
- Eine umfassende EmpRF wird, soweit ich sehe, vor allem auch dazu führen, daß für Studien zu Fragen, die bereits heute mit EmpRF beantwortet werden, bessere und wirtschaftlichere Instrumente entwickelt werden. So kann es bspw. möglich sein, daß experimentelle Untersuchungen mit einem Tachistoskop so verbessert werden, daß das Testen der Verwechslungsgefahr weit einfacher, zuverlässiger und billiger wird, als es heute ist.
- Außerdem: warum ist es so schnell selbstverständlich geworden, mit Gutachten der Industrie- und Handelskammern zu arbeiten? Tatsächlich, soweit ich sehe, u. a. deshalb, weil diese Gutachten meist kostenlos erstellt werden. Durch diese kostenlose Erstellung ist der Aufwand als solcher jedoch nicht geringer. Es hat sich nur „zufällig“ eine Finanzierungsquelle gefunden. Soll aufgrund solcher „Zufälle“ auf lange Sicht das Schicksal der EmpRF entschieden werden? Dabei kann der Aufwand, der bei Untersuchungen durch die Industrie- und Han-

delskammern entsteht, erheblich größer (und die Ergebnisse weniger zuverlässig) sein, als wie wenn diese Untersuchungen bspw. von oder mit einem Sozialforschungsinstitut durchgeführt werden; z. B. deshalb, weil die Befragung mit einer anderen Untersuchung hätte verbunden werden können.

- Die Sozialforschungsinstitute könnten eventuell auch Mehrthemenumfragen durchführen, an denen sich Ministerien, Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Industrie- und Handelskammern, Medien, Gerichte und andere als Auftraggeber beteiligen könnten. Es wäre möglich, diese Mehrthemenumfragen aufzuteilen in Teile, die allen Auftraggebern zugänglich sind (und nur einmal abgefragt werden müssen, wie die Statistik, also bspw. die Angaben zur Person des Befragten) und Teile, die nur dem einzelnen Auftraggeber zur Verfügung stehen. Es ist sogar denkbar, daß diese Umfragen mit Mitteln finanziert werden, die ohnehin — weniger effektiv und verstreut — zur Erreichung der gleichen Ziele bereits aufgewandt werden.
- Zugunsten EmpRF spricht in diesem Zusammenhang auch noch: nicht nur „große“ Prozesse verursachen erheblichen Aufwand, der mit EmpRF vermieden werden könnte. Auch bei „kleineren“ Verfahren ist der Aufwand, der durch EmpRF vermieden werden kann, erheblich größer, als man zunächst erwartet. Wie überzeugt der Anwalt ein Gericht davon, daß die „Verkehrssitte“, das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“, „Treu und Glauben“, „die im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“, die „Ansicht des Bedarfsträgers“, die „Vorhersehbarkeit“ im Sinne des strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffs (!), eine andere Entscheidung verlangen, als sie das Gericht treffen möchte? Ein Schriftsatz nach dem anderen und eine Gerichtsverhandlung nach der anderen werden — meist — erforderlich. Dann entscheidet das Gericht doch wie schon zu Beginn des Verfahrens von ihm angekündigt. Überzeugen kann das Urteil aber nicht, weil eben Überzeugung gegen Überzeugung steht. Also geht es in die Instanzen. Und dort wiederholt sich alles, oft genug in dem Sinne umgekehrt, daß das Rechtsmittelgericht von Anfang an eine andere Ansicht vertritt als das erstinstanzliche Gericht²⁷. Die Anwaltskanzleien können Berge von Akten zu „kleineren“ Prozessen vorlegen, die nie entstanden wären, wenn zu Beginn des Verfahrens eine kleine empirische Untersuchung durchgeführt worden wäre. Die in jeder Wochenendausgabe des Münchner Merkur erscheinende wirtschaftsrechtliche Kolumne „Wirtschaft in Paragrafen“ beschäftigt sich fast ausschließlich damit, Entscheidungen zu besprechen, die möglicherweise für eine repräsentative Mehrheit als ungerecht und unpraktisch erscheinen. Besonders kraß ist die Situation, wenn Rechtsstreitigkeiten zu falschen Grundsatzentscheidungen führen und dann eine Ausnahme nach der anderen zugelassen werden muß, bis man dann nach vielen

Jahren mit lauter Ausnahmen zu dem Grundsatz gelangt, der schon am Anfang hätte festgestellt werden sollen. Vgl. z. B. unten 32. 32 (vergleichende Werbung).

Man wird sich demnach auf jeden Fall darauf einigen können: wenn im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, daß EmpRF nicht aufwendiger sein wird als Maßnahmen, die durch EmpRF überflüssig werden, *muß* EmpRF betrieben werden. Liegen empirische Untersuchungen vor, *müssen* sie grundsätzlich berücksichtigt werden. In allen anderen Fällen sollte noch abgewogen werden, und zwar insbesondere das Interesse der Beteiligten an einer möglichst fehlerfreien Entscheidung, die Auswirkung der Entscheidung auf weitere Rechtsverhältnisse und der Aufwand. Das bedeutet, daß für die Gesetzgebung der Einwand „Aufwand“ nur selten und für die Verfahren in Rechtsprechung und Exekutive mit einer starken Auswirkung auf andere Rechtsverhältnisse oder auf das Persönlichkeitsrecht und andere Grundrechte des Einzelnen in der Mehrzahl der Fälle unbeachtlich sein wird. Das gleiche gilt für (finanziell) „große“ Verfahren.

Zu einem verhältnismäßig schnellen Durchbruch der EmpRF kann beitragen, daß unbestritten ist: die Gerichte *dürfen* für sämtliche Rechtsgebiete EmpRF berücksichtigen (wenn empirische Untersuchungen dem Gericht vorgelegt werden).

Es ist sogar bereits die Tendenz erkennbar, daß sich diese Ansicht durchsetzen wird: die Gerichte *müssen vorgelegte* zuverlässige empirische Untersuchungen anderen, weniger verbindlichen Tatbestandsermittlungen vorziehen.

Dafür, daß diese Tendenz besteht, sprechen vor allem die oben erwähnten Urteile des Bundesgerichtshofs. Bezeichnend ist im übrigen, soweit ersichtlich, ein soeben vom Landgericht München I erlassenes, unveröffentlichtes Urteil (1 HKO 1829/76). Das Gericht hat entschieden:

„Der Einholung eines empirischen Rechtsforschungsgutachtens hierzu bedurfte es nicht. Denn das Gericht gehört selbst zu den Kreisen, deren Kaufentschluß durch das Vorgehen der Beklagten letztlich verfälscht werden kann und ist daher zu einer Beurteilung selbst in der Lage. *Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die Beklagte hinreichende konkrete Anhaltspunkte dafür hätte vortragen können, daß das Vorgehen der Beklagten sowohl von den Mitbewerbern wie der Allgemeinheit gebilligt würde.*“

Dafür, daß diese Tendenz besteht, spricht auch, daß eine von Hartwig²⁸ durchgeführte Untersuchung ergeben hat, daß „die Anfänge der Rechtstatsachenforschung und der Neubeginn deutlich zeigen, daß sich die Rechtstatsachenforschung nun engültig auf den Weg gemacht hat.“

²⁷ Dieser Tendenz entspricht es, daß das Kammergericht in den aktuellen kartellrechtlichen Mißbrauchsverfahren jetzt Marktforschungsuntersuchungen zu der Frage berücksichtigt, welche Produkte einen „relevanten Markt“ aus der Sicht des

Bedarfsträger bilden. Das Kammergericht hat sogar im Merck-Beschluß (Vitamin B 12), also vor Erscheinen des erwähnten Aufsatzes „Empirische Kartellrechtsforschung“, bereits ausgeführt, es könne erforderlich werden, „vielfach genaue und umfassende Industrie-, Markt- und Unternehmensstrukturanalysen“ zu erstellen²⁹.

Als Wegbereiter dieser Tendenz darf auch das bekannte Apotheker-Urteil des Bundesverfassungsgerichts³⁰ gelten. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Urteil ausdrücklich erklärt, „daß das Gericht — notfalls mit Hilfe von Sachverständigen — sich einen möglichst umfassenden Einblick in die durch Gesetz zu ordnenden Lebensverhältnisse“ verschaffen müsse.

22.4 Einwand: unlösbare Aufgaben

Voraussichtlich wird auch in Zukunft noch längere Zeit eingewandt werden, bei der Ermittlung des rechtserheblichen Tatbestandes durch EmpRF entständen so große Schwierigkeiten, daß auf EmpRF verzichtet werden solle. Aber auch mit diesem Einwand können Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit EmpRF nicht abgestritten werden. Diejenigen, die sich eingehend mit dieser Frage auseinandergesetzt haben, sind sich darin einig³¹: Es ist zu bedauern, daß die Soziologie ihren ersten „Angriff“ auf die Justiz mit der theoretisch-kritischen Soziologie begonnen hat und nicht dort, wo die Soziologie schon heute unbestreitbar stark ist, nämlich auf dem Gebiet der Empirischen Soziologie und ihrer Methodenlehre. Wissenschaft und Praxis haben sich mit der Befragung als wichtigstem Instrument, als dem „Königsweg der praktischen Sozialforschung“, mit der Lehre von der Frage, vom Fragebogen, vom Interviewen und der Lehre vom Befragten schon so eingehend befaßt und bereits so weitgehende Erkenntnisse gewonnen, daß auf die Empirische Sozialforschung nicht verzichtet werden darf. Die anerkannten Sozialforschungsinstitute können für die meisten Themen eine gültige, zuverlässige, repräsentative Erhebung sicherstellen; die von ihnen ermittelten Daten sind jedenfalls ungleich verbindlicher als die zwangsläufig beschränkte Erfahrung des Richters.

Es kommt hinzu, daß zu einigen der schwierigsten Probleme der EmpRF bereits wertvolle Literatur vorliegt³².

Insgesamt kann man davon ausgehen, daß genügend soziologische Theorien zur Verfügung stehen³³.

23 Die Abgrenzung von Rechtsauslegung und Tatbestandsermittlung durch Empirische Rechtsforschung

Ein Kernproblem EmpRF ist die Abgrenzung von Rechtsauslegung und Tatbestandsermittlung. Dieses Problem tritt nahezu bei jeder einzelnen Frageformulie-

rung zur Ermittlung des Tatbestandes für einzelne Rechtsstreitigkeiten auf. Ein Beispiel:

Für die Frage, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, muß nach § 22 des Kartellgesetzes grundsätzlich zunächst der sog. relevante Markt (das Gesetz spricht von „eine bestimmte Art von Waren oder Leistungen“) ermittelt werden.

Was das Kartellgesetz unter relevanter Markt versteht, ergibt die Rechtsauslegung, nicht die Empirische Rechtsforschung. Nach den Retschsauslegungsgrundsätzen sind „solche Waren- und Leistungsgruppen zu einem Markt zusammenzufassen, die der Bedarfsträger, vor allem der Verbraucher, als eine ihm zumutbare, gleichwertige Bedarfsdeckung ansieht, so daß er auf sie ausweichen, sich auf die Eindeckung mit ihnen verweisen lassen kann.“³⁴

Welche Waren- und Leistungsgruppen sieht jedoch im Einzelfall „der Bedarfsträger als eine ihm zumutbare, gleichwertige Bedarfsdeckung an“? Diese Ansicht des Bedarfsträgers ermittelt die Empirische Rechtsforschung.

In diesem Zusammenhang wird zur Klarstellung der Problematik ausreichen³⁵:

Die Empirische Rechtsforschung zur Tatbestandsermittlung für einzelne Rechtsstreitigkeiten darf sich grundsätzlich nur mit der Ermittlung der zur Subsumtion unter einen Rechtsbegriff benötigten Daten befassen. Welche Daten benötigt werden, bestimmt die (rechtsmethodische) Auslegung der vom Gesetz verwendeten Begriffe. Die Datenermittlung setzt die Rechtsauslegung voraus, baut auf ihr auf und wirkt nur ausnahmsweise auf sie zurück. Fehlt — wie z. B. zu dem Tatbestandsmerkmal relevanter Markt — noch eine durch Rechtsprechung und Lehre auch in den Einzelheiten gefestigte Rechtsauslegung, muß die Empirische Rechtsforschung je nach Aufgabenstellung im Einzelfall von mehreren denkbaren Rechtsauslegungen ausgehen. Die Rückwirkung der Empirischen Rechtsforschung auf die Rechtsauslegung wird sich im wesentlichen darauf beschränken, daß sie Daten ermittelt, die im Wege eines argumentum e contrario, eines argumentum a maiore ad minus und anderer Rechtsauslegungsgrundsätze dazu führen, daß bestimmte denkbare Rechtsauslegungen abgelehnt werden. Und die Empirische Rechtsforschung wird insofern auf die Rechtsauslegung rückwirken, als die durch Empirische Rechtsforschung ermittelten Daten dazu zwingen, die Rechtsauslegung zu vertiefen.

24 Untersuchungsansätze und andere charakteristische Fehlerquellen in der Praxis

Wie bei grundsätzlich jeder empirischen Untersuchung müssen bei empirischen Rechtsforschungsuntersuchungen die Untersuchungsansätze besonders sorgfältig herausgearbeitet werden. Bei dem bereits erwähnten Beispiel zur Ermittlung des relevanten Marktes müssen zunächst Untersuchungsansätze zur Bestimmung des

Bedarfsträgers und dann zur Ermittlung der Ansicht des Bedarfsträgers zu anderen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung ausgearbeitet werden²⁵.

Die meisten Fehler treten bei der Übersetzung der juristischen Fragestellung in die Sprache der Sozialforschung und bei der Rückübersetzung auf. In der Praxis bereitet es oft ungeahnte Schwierigkeiten sicherzustellen, daß der Untersuchungsansatz Sinn und Zweck der juristischen Fragestellung trifft. Ein Beispiel findet sich in dem oben 21.2 unter h) erwähnten Urteil des Bundesgerichtshofs. Werden hier — wenn ich auf eine Selbstverständlichkeit hinweisen darf — die „Weichen falsch gestellt“, ist oft die gesamte Untersuchung nutzlos und stiftet nur Schaden.

Charakteristische Fehler in der Befragungstechnik:

Gelegentlich wird schlechthin vergessen, daß — wie erwähnt — die juristische Sprache in die Sprache der Sozialforschung übersetzt werden muß.

Ein häufiger Fehler ist, daß die Frage so gestellt wird, als ob der Befragte an Stelle des Gerichts die Rechtsfrage entscheiden müsse²⁶. Es darf deshalb bspw. nicht gefragt werden:

„Sind Sie der Ansicht, daß Valium eine marktbeherrschende Stellung einnimmt?“

Oder:

„Sind Sie der Ansicht, daß die Unternehmen der pharmazeutischen Industrie einem starken, mittelstarken oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind?“

Diese Fragen beantwortet das Gericht. Das Gericht benötigt von der EmpRF Daten, aus denen es darauf schließen kann, ob eine marktbeherrschende Stellung besteht oder nicht, ob die Unternehmen in einem wesentlichen oder keinem wesentlichen Wettbewerb stehen.

Von sozialforscherisch weniger Geschulten werden die Fragen oft unverständlich formuliert. Unverständliche Frageformulierungen treten insbesondere auf in Form von:

- kompliziertem Satzbau, langatmigen Sätzen
- doppelten Negationen
- Mehrdeutigkeit, Sinnlosigkeit, Ungewißheit, mangelhafter Präzisierung²⁷.

25 *Auferlegung der Kosten für Untersuchungen auf die Prozeßparteien*

Die Rechtsprechung behandelt Kosten, die während eines Rechtsstreits dadurch entstanden sind, daß das *Gericht das Gutachten* eines Instituts *eingeholt* hat, in aller Regel als „zweckentsprechende Kosten der Rechtsverfolgung“. Die Kosten für eine empirische Rechtsforschungsuntersuchung muß somit grundsätzlich im Zivilprozeßverfahren die Partei tragen, die unterlegen ist.

Auch in den anderen Gerichtsverfahren, z. B. im Arbeitsgerichtsverfahren und im Strafprozeß, werden dementsprechend Kosten für Gutachten, die das Gericht eingeholt hat, so behandelt, wie die anderen Verfahrenskosten auch.

Für die Praxis besonders interessant ist, ob und inwieweit der Verfahrensgegner Kosten für Gutachten tragen muß, die *nicht das Gericht* eingeholt hat, *sondern eine Partei*. Eine absolut gefestigte Rechtsprechung liegt dazu noch nicht vor. Es zeichnet sich jedoch ab, daß der unterliegende Verfahrensgegner die Kosten für solche Gutachten erstatten muß, für die „ein hinreichender Anlaß vorlag“. Das Oberlandesgericht Köln konkretisiert in dem schon erwähnten Beschluß vom 10. 6. 70²⁸, daß ein hinreichender Anlaß dann vorlag, „wenn das Gutachten bei objektiver Beurteilung mit einiger Sicherheit eine Förderung des Prozeßerfolges erwarten ließ oder ihn nachweislich gefördert hat“. Das Oberlandesgericht Köln hat a. a. O. beschlossen:

„Entgegen der Auffassung des Landgerichts müssen die Aufwendungen der Klägerin für das demoskopische Gutachten als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig angesehen werden. Grundsätzlich kann zwar die obsiegende Partei die Kosten eines während des Prozesses eingeholten Privatgutachtens von dem Gegner nicht erstattet verlangen, weil die Parteien den ordentlichen Beweisweg einzuhalten haben. Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn das Gutachten bei objektiver Beurteilung mit einiger Sicherheit eine Förderung des Prozeßerfolges erwarten ließ oder ihn nachweislich gefördert hat“ (folgen Hinweise auf Entscheidungen des Kammergerichts und des Oberlandesgerichts Karlsruhe).

Ähnlich hatte auch schon das Landgericht München I am 5. 2. 1964²⁸ beschlossen:

„Die der Beklagten unstreitig entstandenen Auslagen für die durchgeführte Meinungsumfrage waren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig. Denn die durch die Meinungsumfrage ermittelten Tatsachen dienten dazu, der Beklagten die für ihren Tatsachenvortrag notwendigen Unterlagen zu verschaffen. Diese Tatsachen sind im Urteil der Kammer vom 24. 9. 1963 mit verwertet. Es kann der Beklagten im Hinblick auf ihre Wahrheitspflicht nicht zugemutet werden, ohne ausreichende tatsächliche Grundlage Behauptungen aufzustellen und abzuwarten, ob sie von der Klägerin bestritten werden oder nicht. Da das von der Beklagten erholte Gutachten bei objektiver Betrachtung eine Förderung des erstrebten Prozeßerfolges erwarten ließ, waren die für dieses Gutachten entstandenen Auslagen als erstattungsfähig anzusehen.“

Mit anderen Worten und für die Praxis besonders wichtig: wenn eine Partei einen Prozeß anstrengt, muß sie Tatsachen vortragen, die den von ihr geltend gemachten Anspruch rechtfertigen. Sie muß beispielsweise Tatsachen vortragen, aus denen sich ergibt, daß Verwechslungsgefahr besteht. Das Landgericht München I gesteht demjenigen, der sich verletzt fühlt, zu, daß er ein empirisches

Rechtsforschungsgutachten zur Frage der Verwechslungsgefahr einholt. Derjenige, der sich verletzt fühlt, kann nicht repräsentativ beurteilen, ob eine Verwechslungsgefahr besteht. Die zur Beurteilung dieser Frage erforderlichen Daten — so räumt der Beschluß ein — müssen durch eine empirische Untersuchung ermittelt werden. Deshalb, so schließt der Beschluß, darf der möglicherweise Verletzte ein Gutachten einholen und, wenn er recht behält, die Kosten vom Verfahrensgegner erstattet verlangen. Bemerkenswert ist auch noch, daß die Gerichte diese Kostenentscheidungen in voller Kenntnis der Gutachterpraxis der Industrie- und Handelskammern treffen. So hat das Oberlandesgericht Karlsruhe in einem Beschluß vom 11. 2. 1966³⁹ ausgeführt:

„Die Klägerin hatte keine Gelegenheit, hierwegen den Industrie- und Handelstag zu bemühen, der seine (meist unentgeltlichen) Gutachten nicht an interessierte Personen oder Firmen direkt erstattet. Die Beauftragung eines demoskopischen Instituts war daher insoweit gerechtfertigt.“

3 Beispiele für die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit Empirischer Rechtsforschung

31 Gesetzgebung

Täglich werden mißglückte Gesetze und ihre Kosten beklagt. So wird bspw. kritisiert:

„Wer etwa Schreiner werden will, muß 6 Jahre lernen und zwei Prüfungen ablegen. Gesetzgeber hingegen scheinen nach wie vor als Naturtalente vom Himmel zu fallen. . . . Der Medizinmann ist durch den Arzt, der Alchimist durch den Chemiker und der Astrologe durch den Astronomen schon vor vielen Jahrhunderten abgelöst worden. Nur in der Gesetzgebung — der maßgeblichen Regelung unserer Gesellschaftsordnung — leisten wir uns den Luxus, an dem Glauben festzuhalten, es handle sich um eine genialische Begnadung der damit befaßten Künstler.“⁴⁰

Die Wissenschaft hat in den letzten Jahren eine Gesetzgebungslehre entwickelt, die in die Praxis umgesetzt werden kann⁴¹. Die Wissenschaft ist sich darin einig, daß gerade die Empirische Sozialforschung erheblich zur Verbesserung des Gesetzgebungswesens beitragen kann, ohne⁴² den Gesetzgeber zu bevormunden. Hier öffnet sich ein weites Gebiet für die Empirische Forschung, insbesondere auch für die Sozialforschungsinstitute zur Überwindung der „Informationskrise des Rechts“⁴³.

So können Untersuchungen durchgeführt werden um zu verbessern:

31.1 Die Sprache der Gesetze

Alle Äußerungen zur Gesetzessprache betonen den Vorrang der Allgemeinverständlichkeit. Von der Sprache eines Gesetzbuches wird gefordert, daß sie sich „von der anderer Bücher durch eine größere Klarheit, durch eine größere Bestimmtheit, durch größere Popularität unterscheidet, weil es für die Fassungskraft Aller bestimmt ist“⁴⁴. Ein beliebig ausgewähltes Beispiel: § 74 c des Handelsgesetzbuches. Diese Bestimmung betrifft das Wettbewerbsverbot nach Ausscheiden aus einem Arbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber muß eine sog. Karenzentschädigung demjenigen zahlen, der ein Wettbewerbsverbot nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis beachten muß. Der frühere Arbeitnehmer muß sich auf diese Karenzentschädigung jedoch teilweise anrechnen lassen, was er anderweitig verdient. Es handelt sich somit um eine Bestimmung, die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer verständlich formuliert sein müßte. Das Gesetz formuliert so:

„Der Handlungsgehilfe muß sich auf die fällige Entschädigung anrechnen lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt, soweit die Entschädigung unter Hinzurechnung dieses Betrags den Betrag der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um mehr als ein Zehntel übersteigen würde. Ist der Gehilfe durch das Wettbewerbsverbot gezwungen worden, seinen Wohnsitz zu verlegen, so tritt an die Stelle des Betrags von einem Zehntel der Betrag von einem Viertel. Für die Dauer der Verbüßung einer Freiheitsstrafe kann der Gehilfe eine Entschädigung nicht verlangen.“

Der Gehilfe ist verpflichtet, dem Prinzipal auf Erfordern über die Höhe seines Erwerbes Auskunft zu erteilen.“

31.2 Die adressaten-adäquate Systematik

Daß auch die Systematik der Gesetze ebenso wie ihr Wortlaut möglichst adressaten-adäquat gestaltet werden muß, ist ebenso unbestritten. Es ist auch bereits anerkannt, daß „erst die gewiß mühsame und vom Einzelnen nicht zu bewältigende Empirische Tatsachenermittlung rechtswissenschaftliche Lösungen ermöglicht“ (Steindorff).

31.3 Problemfindung und Entwurf von Zielvorstellungen

Die Gesetzgebungsflut wird, so haben Untersuchungen ergeben, zu einem erheblichen Teil durch zu große Nachgiebigkeit des Gesetzgebers und eine zu geringe Fähigkeit zur Selektion gegenüber den auf ihn fordernd einwirkenden gesellschaftlichen Kräften verursacht. Gerade die politische Entscheidung setzt die — durch Empirische Forschung ermittelbare — Kenntnis und eine Gewichtung der Bedürfnisse voraus.

31.4 Die Prognose und die Vermeidung unerwünschter Nebenwirkungen

Die Empirische Rechtsforschung ist dazu berufen, einen möglichst vollständigen Aufschluß über die sozialen Auswirkungen eines geplanten Gesetzes zu verschaffen. Viele der politischen Meinungsverschiedenheiten könnten durch EmpRF geklärt werden, so z. B. der Vorwurf, der strukturpolitische Teil des Berufsbildungsgesetzes stelle eine „Meisterleistung psychologischen Fehlverhaltens dar“, weil es „eine Fülle sich kumulierender Anforderungen an Ausbilder, Ausbildungsanordnungen, Ausbildungsbetriebe und das Prüfungswesen bringe, die nur zur Resignation der ausbildenden mittelständischen Wirtschaft führt“^{46 48}.

31.5 Generalklauseln und Aufzählungen

Die EmpRF kann ermitteln, ob im Einzelfall die generalisierende Methode wegen ihrer Vorteile der Vereinfachung oder die kasuistische Methode wegen ihrer größeren Präzision gewählt werden sollte. Außerdem muß die EmpRF jeweils ermitteln, ob Generalklauseln überhaupt die Problematik erfassen können, § 87 III HGB bestimmt bspw.:

„Für ein Geschäft, das erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden ist, hat der Handelsvertreter Anspruch auf Provision nur, wenn ... das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden ist.“

Was aber ist eine „angemessene Frist“? Im Gesetzgebungsverfahren wurde im Schrifttum bereits gelegentlich behauptet, daß die gesamte Regelung des § 87 III HGB unangemessen sei. Wie soll aber im Einzelfall festgestellt werden, ob das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist abgeschlossen und damit eine Provision angemessen ist, wenn die gesamte Regelung unangemessen, eine Überhangprovision also überhaupt nicht gewährt werden sollte?⁴⁷

31.6 Die Nachkontrolle

Die Nachkontrolle gehört zu den Themen, die in der Rechtssoziologie in den letzten Jahren besonders eingehend diskutiert worden ist. Die Literatur verlangt einhellig, daß der Gesetzgeber institutionalisiert und u. a. mit den Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung die Gesetzeswirkungen beobachtet und so früh wie möglich reagiert.

Schon diese Andeutungen werden ausreichen um zu zeigen, daß sich die Praxis dringend stärker der EmpRF annehmen sollte. Von den hier beschriebenen Aufgabengebieten der EmpRF hat die Praxis, wenn man von einigen wenigen vorsichtigen Versuchen absieht, noch kein einziges Gebiet aufgegriffen.

32 Rechtsprechung

Nach der absolut herrschenden Meinung sollen die Gerichte nur dann entgegen den Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise entscheiden, wenn besondere Gründe dies verlangen⁴⁹. Das BVerfG hat in einem Grundsatzurteil v. 15. 1. 1958 klargestellt: „Der Rechtsprechung bieten sich zur Realisierung des Einflusses grundrechtlicher Wertmaßstäbe vor allem die *Generalklauseln, die zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außerrechtlich-zivilrechtliche Maßstäbe, wie die ‚guten Sitten‘, verweisen. Denn bei der Entscheidung darüber — was die sozialen Gebote jeweils im Einzelfall fordern, muß in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht hat.*“^{48*}

Das Rechtswesen und insbesondere das Arbeitsrecht werden von dem in § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgesprochenen Grundsatz beherrscht:

„Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie *Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* es erfordern.“

Interessant ist in diesem Zusammenhang ferner, daß jetzt auch die Verfahrensrichter immer stärker lebensfremde Ergebnisse verhindern wollen. So führt bspw. Schmidt^{49*} unter Hinweis auf Bernhard^{48*} aus: „Diese Auffassung dürfte hier nach nicht nur rechtsdogmatisch haltbar sein, sondern auch als lebensnah gelten. Damit eignet ihr das Kriterium der Richtigkeit. *Eine Ansicht, die zu lebensfremden Ergebnissen führt, ist stets sachlich unrichtig.* Sie wird auch nicht dadurch richtiger, daß sie mit theoretischer Gradlinigkeit aus einem Rechtsgrundsatz hergeleitet werden kann. Logisch einwandfreie Deduktion begründet noch keine Gewähr für juristische Richtigkeit. Gerade in der Rechtswissenschaft, die ohne sachlich konkrete Wertung nicht auskommen kann, führt abstrakte Logik häufig zu unangemessenen Ergebnissen.“

Die Rechtsprechung vertritt die sog. Eindeutigkeitsregel. Voraussetzung der Auslegung ist, so die Rechtsprechung, die Auslegungsfähigkeit der Erklärung. Bei absoluter Eindeutigkeit ist für Auslegung kein Raum^{48*}.

So hat z. B. erst vor wenigen Wochen, am 4. 12. 1976 das LAG München entschieden (noch unveröffentlicht):

„Die Vorschrift des Tarifvertrages ist wie ein Gesetz auszulegen. Dabei ist aber zu beachten, daß die Auslegung einer Norm immer dort beginnt, wo die Bestimmung in ihrem *Wortlaut selbst unklar, zweideutig oder unverständlich ist.* Solange dies nicht gegeben ist, kann eine Auslegung nicht Platz greifen, da hierfür jede Auslegungsmöglichkeit fehlt. ... *Gemäß dem allgemeinen Sprachgebrauch* umfaßt der Begriff des Dienstjahres nur solche Jahre, in denen in diesem Fall der Arbeitnehmer auch tatsächlich tätig gewesen ist, d. h. Dienste geleistet hat.“

Allein diese Feststellungen zeigen, wie stark die Rechtsprechung auf EmpRR angewiesen ist. Der Einzelne meint zwar oft, die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise sowie Treu und Glauben und die Verkehrssitte oder den allgemeinen Sprachgebrauch zu kennen; nur gehören seine Vorstellungen allzuoft zu den gerichtsbekanntesten Tatsachen, die — worauf Röhl, Steindorff u. a. schon hingewiesen haben⁴⁰ — „immer häufiger mit allem, nur nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen“. Besonders auffällig ist die Problematik in der täglichen Praxis der Arbeitsgerichte. Nahezu in jedem Rechtsstreit geht es unmittelbar oder mittelbar um „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ oder um den allgemeinen Sprachgebrauch. Was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte im Einzelfall erfordern oder was der allgemeine Sprachgebrauch besagt, ermitteln oft Juristen, die das Arbeitsleben — vom Gerichtsleben abgesehen — meist nur vom Hörensagen her kennen.

Man kann auch nicht etwa auf eine größere Sachkenntnis der Instanzgerichte hoffen. Besonders offenkundig ist das bspw. bei der Feststellung des allgemeinen Sprachgebrauchs. Warum sollen die Berufsrichter den allgemeinen Sprachgebrauch besser kennen als die Richter erster Instanz? Sprachwissenschaften hat keiner von ihnen studiert.

32.1 Empirische Arbeitsrechtsforschung

32.11 Der eindeutig zweideutige Wortlaut

Unzählige Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträge stellen in einzelnen Bestimmungen auf die „geleisteten Dienstjahre“ ab. Ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn ein Arbeitnehmer zwei Jahre lang wegen Krankheit keinen Tag gearbeitet hat? Das Arbeitsgericht München⁴¹ hat entschieden, der Wortlaut sei mehrdeutig, oder er beziehe sogar Krankheitsjahre mit ein; jedenfalls seien nach dem Sinn und Zweck der Norm auch Krankheitsjahre als Dienstjahre anzuerkennen.

Das Landesarbeitsgericht München⁴² hat dagegen ebenso sicher erkannt: der Wortlaut ist eindeutig; Krankheitsjahre stellen keine „Dienstjahre“ dar.

32.12 Der treuwidrig Verantwortungsbewußte

In einem ebenfalls soeben entschiedenen Rechtsstreit waren Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Betriebsrat und Gewerkschaft alle gleichermaßen verblüfft. Gewerkschaft und Betriebsrat, weil sie auf Entlassung des Arbeitnehmers gedrängt hatten; der Arbeitnehmer, weil er die mit dem Arbeitgeber getroffene Abrede als rechtswirksam ansah, und nur die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung angreifen wollte; der Arbeitgeber, weil ihm zwar soziales Verantwortungsbewußtsein nicht abgesprochen, sein Verhalten aber doch als treuwidrig bewertet wurde.

Der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt:

Allen Beteiligten, dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer, dem Betriebsrat und der Gewerkschaft war klar, daß sich der neu eingestellte Abteilungsleiter in der Probezeit noch nicht bewährt hat. Der Arbeitgeber wollte kündigen, weil er auf keinen Fall die nach der Probezeit in Kraft tretende längere Kündigungsfrist in Kauf nehmen wollte. Im gegenseitigen Einvernehmen wurde vereinbart, daß die Probezeit (einschließlich kürzerer Kündigungsfrist) um weitere 6 Monate verlängert wird, um dem Arbeitnehmer „noch einmal eine Chance“ zu geben. Hätte man diese Vereinbarung nicht getroffen, wäre der Arbeitnehmer voraussichtlich arbeitslos geworden.

Das Arbeitsgericht hat diese Vereinbarung für unwirksam erklärt. Es vertrat die Auffassung, sie sei treuwidrig; solche Vereinbarungen seien „so, wie wenn man eine Wurst vorhält und sie immer wieder wegzieht.“ Anders ausgedrückt: besser keinen Spatzen in der Hand und keine Taube auf dem Dach als einen Spatzen in der Hand und eine Taube auf dem Dach!

Das Urteil erklärt ausdrücklich: „Vielmehr erforderte hier der Gedanke der Bestandsicherheit eine klare Entscheidung des Arbeitgebers über die Beendigung der Zusammenarbeit oder die Übernahme in das ‚normale‘ Arbeitsverhältnis . . . Hieran ändert sich auch nichts, wenn die Verlängerung erfolgte, um dem Kläger noch nicht kündigen zu müssen, wenn also die Arbeitgeberin aus Fürsorge und sozialem Verantwortungsbewußtsein ihre Entscheidung getroffen hat.“⁴³

Die Stellungnahme des Berufungsgerichts, also des Landesarbeitsgerichts München: „eine unverständliche, willkürliche Entscheidung“.

Solch grundlegend unterschiedliche Wertauffassungen zu Rechtsgeschäften, die überall und täglich geschlossen werden. Eine kurze Untersuchung könnte die Verhältnisse klären. In Fällen dieser Art wird voraussichtlich eine sequentielle Stichprobenanalyse schnell und dementsprechend wirtschaftlich zu Ergebnissen mit einer Zuverlässigkeit führen, die für eine Subsumtion voll ausreichen⁴⁴.

32.13 Aufdeckung von Mißständen

Durch empirische Untersuchungen könnten eventuell bestehende Mißstände aufgedeckt werden.

Ein Beispiel: die Zivilgerichte einerseits und die Arbeitsgerichte andererseits erklären gerne, auch dann, wenn es offenkundig falsch ist, den anderen Rechtszweig für zuständig. Dafür gibt es Dutzende von Beispielen. So hat das Landgericht München am 31. 5. 76 in einer Klage gegen einen selbständigen Handelsvertreter entschieden, zuständig sei das Arbeitsgericht, weil der Handelsvertreter eine arbeitnehmerähnliche Person sei; der Handelsvertreter war jedoch offensichtlich gerade keine sog. arbeitnehmerähnliche Person. Ebenso können Belege dafür vorgelegt werden, daß Arbeitsgerichte in gleicher Weise verfahren. Die Gerichte unter-

liegen deshalb so gerne der Versuchung, den anderen Gerichtsweg für zuständig zu erklären, weil das andere Gericht „berufener“ erscheint, die Verweisung unanfechtbar ist, und das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen wird, an die Verweisung gebunden ist. In der Praxis ist es deshalb tatsächlich so, daß der Anwalt häufig das Gericht anruft, von dem er den Rechtsstreit nicht entschieden haben möchte. Er kann sich darauf verlassen, daß das angerufene Gericht an das vom Anwalt vorgezogene Gericht (das dann nicht zurückverweisen darf) verweisen wird.

32.14 Aufdeckung von Entwicklungen

Für die Arbeitgeber und die Gewerkschaften bspw. müßte es nützlich sein, Entwicklungen und ihre Motive möglichst frühzeitig zu erkennen. Das geeignete Mittel: ein „Rechtsbus“, also eine Mehrthemenumfrage zu Rechtsfragen⁶⁴.

32.15 Die „soziale Gesamtschau“ zu den freien Mitarbeitern

Man braucht kein Hellseher zu sein, um zu wissen, wie problematisch sich die Rechtsverhältnisse um die freien Mitarbeiter und arbeitnehmerähnlichen Personen entwickeln. Nach der Rechtsprechung ist ein Mitarbeiter eine sog. arbeitnehmerähnliche Person, wenn er von seinem Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig ist und „von der Verkehrsanschauung im Rahmen einer soziologischen Gesamtschau“ (Bundesarbeitsgericht) als arbeitnehmerähnliche Personen angesehen wird.

Die Praxis benötigt dringend wenigstens für einige Fallgruppen Untersuchungen zur „Verkehrsanschauung im Rahmen einer soziologischen Gesamtschau“. Bis jetzt Urteilen die Gerichte ausschließlich nach eigenen Vorstellungen.

32.16 Muster für sog. Ausgleichsquittungen

Das Arbeitsgericht Wuppertal hat am 29. 9. 1975⁶⁵ allgemein, täglich benutzte Ausgleichsquittungen (in denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenseitig auf Ansprüche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verzichten) für rechtsunwirksam erklärt. Die Begründung: der Arbeitnehmer verstehe die übliche Formulierung nicht klar genug. Es ist ungewiß, ob die anderen Gerichte auch die bisher gerade anderslautende, einhellige Rechtsprechung aufgeben. Zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit müßte dringend untersucht werden:

- Treffen die Behauptungen des Arbeitsgerichts Wuppertal zur Unklarheit der Erklärungen zu? Mit anderen Worten: welche Arbeitnehmer verstehen diese Erklärungen tatsächlich nicht oder möglicherweise in einem anderen Sinne?
- wie muß man dann — wenn die üblichen Ausgleichsquittungen ganz oder teilweise unklar sind — formulieren, damit der Parteiwille ausreichend klar zum Ausdruck kommt?

Untersuchungen dieser Art werden voraussichtlich, je nach Zwischenergebnissen, nicht mehr als DM 10 000.— bis DM 20 000.— kosten. Um wieviel größer der Nutzen ist, liegt auf der Hand, wenn man berücksichtigt, daß, wie erwähnt, täglich mit Ausgleichsquittungen zur endgültigen Bereinigung der Arbeitsverhältnisse gearbeitet werden muß.

32.17 Ablösesummen im Profi-Sport

Das Schweizer Bundesgericht hat bekanntlich vor kurzem entschieden: „Ein Fußballer, der seinen Klub nach Ablauf der vertraglichen Bindung verlassen will, darf daran nicht durch die Drohung einer zweijährigen Sperre gehindert werden“⁶⁶. Die für das Schweizer Recht entschiedene Problematik besteht in gleicher Art und Weise im deutschen Recht: verstößt die nachvertragliche Bindung gegen „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“? Folglich müssen — wie mehrfach ausgeführt⁶⁷ — die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise sowie die Verkehrssitte, die die EmpRF zuverlässiger ermitteln kann, berücksichtigt werden.

32.2 Die Rechtsprechung zu Versicherungsbedingungen, Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen

Beispielsweise in den Wohnungsverträgen wimmelt es mitunter von unangemessenen, unklaren, versteckten und überraschenden Klauseln zu Lasten des Käufers. Diese Bestimmungen sind rechtsunwirksam, nur wissen es die Betroffenen (noch) nicht. Es laufen jetzt aber erste Verfahren an, die — nicht übertrieben — einen Erdbeben verursachen können.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Bestimmungen in Versicherungsbedingungen, Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen rechtsunwirksam, wenn sie nicht klar genug lesbar, unlogisch aufgebaut, unverständlich abgefaßt, versteckt, überraschend oder aus anderen Gründen unangemessen sind. In Verfahren, die jetzt in München rechtshängig geworden sind muß bspw. ein Bauträger für hunderte von Wohnungen damit rechnen, daß er 99 Jahre lang den Erbbauzins nicht erhöhen darf; und zwar deshalb nicht, weil die Erhöhungsklausel für den Durchschnittsleser unklar ist. Viele Unternehmen werden gut daran tun, sich möglichst schnell auf die Rechtsprechung einzustellen. Vorsorge verhütet Nachsorge⁶⁸.

Das neue Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), das am 1. 4. 1977 in Kraft treten wird⁶⁹, ändert daran nichts. Im Gegenteil. Dieses Gesetz bestätigt ausdrücklich die erwähnten, von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze und damit auch mittelbar Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit EmpRF.

So lautet § 3 des AGB-Gesetzes:

„Überraschende Klauseln. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.“

§ 5 bestimmt:

„Unklarheitenregel. Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.“

§ 9 Abs. I legt fest:

„Generalklausel. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.“

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, daß allmählich stärker Bankformulare angegriffen werden. So hat das Landgericht Trier in einem Urteil vom 31. 1. 1975⁶⁹ ein vorgedrucktes Kreditformular für rechtsunwirksam erklärt: „Es mag sein, daß diese Abrechnung von Teilzahlungskrediten in gleicher Weise auch von anderen Banken vorgenommen wird. Für einen Durchschnittskunden, dessen Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Auslegung von Formular Klauseln maßgebend sind, ist die Bedeutung der Vertragsklausel unklar und undurchsichtig, wenn nicht gar irreführend.“

32. 3 Empirische Rechtsforschung zum Gewerblichen Rechtsschutz

32. 31 Grundsatz

Über die Zulässigkeit von Werbe- und anderen Wettbewerbsmaßnahmen muß grundsätzlich nach § 1 UWG entschieden werden. Es muß also beurteilt werden, ob die Maßnahme „gegen die guten Sitten verstößt“.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs^{68, 69} verstößt die Werbemaßnahme gegen die guten Sitten, wenn „das konkrete Wettbewerbsverhalten nach Anlaß, Zweck, Mittel, Begleitumständen und Auswirkungen dem Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise widerspricht oder von der Allgemeinheit mißbilligt und für untragbar angesehen wird“.

Maßgeblich sind somit die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise. Diese Wertvorstellungen kann, wie ausgeführt⁴¹, mit ungleich größerer Verbindlichkeit die EmpRF ermitteln. Die Unternehmen können damit ihre Werbemaßnahmen am besten durch EmpRF absichern. Mit ihr können sie auch am weitestgehenden den vorhandenen Ermessensspielraum ausnützen.

32. 32 Vergleichende Werbung

Die Rechtsprechung zur vergleichenden (angeblich grundsätzlich sittenwidrigen) Werbung würde möglicherweise völlig anders aussehen, wenn der Tatbestand umfassend durch EmpRF ermittelt worden wäre. Vieles spricht dafür, daß eine vor Erlaß der ersten Grundsatzentscheidung durchgeführte empirische Untersuchung ergeben hätte (und eine Untersuchung noch heute ergeben würde), daß die beteiligten Verkehrskreise und die Allgemeinheit, nach ihrem Anstandsgefühl, vergleichende Werbung billigen. Die Ausnahmeentscheidungen, zu denen sich die Rechtsprechung immer mehr gezwungen sieht, wären demnach notwendige Folge einer falschen Grundsatzentscheidung.

Auch hier zeigt sich, daß sich der Aufwand für EmpRF „lohnen“ kann, auch wenn sie (nur) zu einzelnen Rechtsstreitigkeiten betrieben wird. Was zur vergleichenden Werbung schon alles geschrieben worden ist, füllt Bibliotheken. Ein Gutteil dieser Arbeit hätte sich erübrigt, wenn systematisch EmpRF betrieben und berücksichtigt worden wäre. Soweit bekannt, fehlt aber noch heute eine umfassende empirische Untersuchung zur vergleichenden Werbung!

32. 33 „Skilauf unter einem guten Stern“

Die Firma Kneissl wirbt bekanntlich mit dem Slogan „Skilauf unter einem guten Stern“. Die Firma Daimler-Benz wird, vermute ich, gegen diese Werbung u. a. deshalb nicht vorgehen, weil sie annehmen wird, daß sie auf jeden Fall nur Konkurrenten die (unterstellt, es läge eine vor) sog. Rufausbeutung verbieten dürfe. Der Grundsatz des Verbots der Rufausbeutung geht jedoch auf § 1 UWG zurück; und es müßte erst noch untersucht werden, ob nicht auch diese Werbemaßnahme eines Dritten „dem Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise widerspricht oder von der Allgemeinheit mißbilligt und für untragbar angesehen wird“. Als Hypothese ist denkbar:

- ebenso wie die Allgemeinheit oder die beteiligten Verkehrskreise verurteilen, daß ein Konkurrent „mit fremdem Kalbe pflügt“ (Lobe),
- ebenso verurteilt die Allgemeinheit und die beteiligten Verkehrskreise, daß „ein fremdes Unternehmen für andersartige Waren die Aufmerksamkeit dadurch auf sich lenkt, daß es den berühmten Slogan eines angesehenen Unternehmens noch deutlich erkennbar auf sich anwendet, damit das bei der Kundschaft für eine andere Ware bestehende Erinnerungsbild für sich ausnutzt“⁶⁸ und möglicherweise „den guten Stern auf allen Straßen“ — wie die Juristen sagen — aufweicht oder verwässert.

So kommentiert bspw. ein Standardkommentar⁶²:

„Auch wenn die Gefahr einer betrieblichen Herkunftsverwechslung nicht besteht, können doch die aufgrund der Annäherung an verkehrsbekanntere Merk-

male der fremden Ware verbleibenden Übereinstimmungen das meist flüchtig urteilende Publikum an das fremde Vorbild erinnern, so daß es mehr oder weniger bewußt die guten Erfahrungen, die es mit einer bekannten und geschätzten Ware gemacht hat, auch der neuen Ware zurechnet und zu deren Kauf angereizt wird.“

Es müßte erst noch mit EmpRF untersucht werden, ob die Kneissl-Werbung nicht diese Voraussetzungen erfüllt, obwohl sie sich auf einen anderen Markt bezieht. Von selbst versteht es sich nicht.

32.34 Werbung mit der Gesundheit

Ein weiteres Beispiel für die Beurteilung von Werbemaßnahmen: der Bundesgerichtshof⁶³ vertritt die Ansicht: „Überall dort, wo die Gesundheit in der Werbung ins Spiel gebracht wird, sind besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Aussagen zu stellen.“

Die Unternehmen, deren Werbung „die Gesundheit ins Spiel bringt“, werden deshalb im Einzelfall oft gut beraten sein, wenn sie große Werbeaktionen durch EmpRF absichern. Empirische Untersuchungen könnten im Einzelfall vorweg und rechtzeitig ermitteln, bis zu welcher Grenze die Werbung gehen darf.

32.35 Psychologischer Kaufzwang

Die Rechtsprechung, die sich mit Fällen des sog. psychologischen Kaufzwangs auseinandersetzt, kann durch EmpRF in zweifacher Hinsicht mit größerer Verbindlichkeit den rechtserheblichen Tatbestand ermitteln. Ein Beispiel: Am 25.2.1976 berichteten die Tageszeitungen, daß „das Oberlandesgericht Hamburg eine Verlosung einer Kaffeerösterei mit der Begründung versagt hat: der Kunde wird in den Laden gelockt. Er muß zwar nichts kaufen; er ist aber in seiner Entscheidung nicht wirklich frei. Ein nicht unbeträchtlicher Teil derer, die den Laden betreten, kauft anstandshalber“ (Handelsblatt).

Die EmpRF kann erstens ermitteln, ob und inwiefern ein psychologischer Kaufzwang besteht und zweitens feststellen, ob und inwieweit ein psychologischer Kaufzwang „dem Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise widerspricht oder von der Allgemeinheit mißbilligt und für untragbar angesehen wird“.

32.4 Empirische Kartellrechtsforschung

32.41 Mißbrauchsverfahren

Der Aufsatz „Empirische Kartellrechtsforschung“⁶⁴ versucht darzulegen:

32.41.1 Der relevante Markt⁶⁵

Die Frage, welche Produkte und Leistungen den „relevanten Markt“ bilden, kann Empirische Sozialforschung mit ungleich größerer Verbindlichkeit beantworten als bspw. ein medizinischer Sachverständiger. Der relevante Markt, entschei-

dendes Ausgangskriterium für viele kartellrechtliche Entscheidungen, bestimmt sich unbestritten mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck des Gesetzes nach der Ansicht des Bedarfsträgers.

Bedarfsträger ist jedoch — im Einzelfall unterschiedlich — der niedergelassene Arzt, der Apotheker, das Krankenhaus, der Patient, der Verbraucher o. a. Ein Mediziner bspw. kann die Ansicht des Bedarfsträgers nicht repräsentativ wiedergeben. Untersuchungen haben gezeigt, daß Sachverständige, die nicht aufgrund repräsentativer Erhebungen begutachten, die Grenzen weit enger ziehen als der Bedarfsträger.

32.41.2 Die Tatbestandsmerkmale

- keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt (§ 23 I Nr. 1 Kartellgesetz)
- überragende Marktstellung (§ 22 I Nr. 2 Kartellgesetz)
- mißbräuchliches Verhalten (§ 22 V Kartellgesetz).

Mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck des Kartellgesetzes sollten auch zur Klärung der Frage, ob diese Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, empirisch ermittelte Repräsentativdaten vorliegen. So könnte bspw. für die pharmazeutischen Mißbrauchsverfahren ermittelt werden, inwieweit nach Ansicht des Bedarfsträgers Preis-Wettbewerb besteht. Ebenso wäre nützlich, wenn bekannt wäre, inwieweit sonst nach Ansicht der Wirtschaftsteilnehmer Wettbewerb herrscht, also das Bestreben, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises anderer zu halten und möglichst zu erweitern.

32.42 Kartellrechtliche Streitigkeiten zum Verbot von Liefer- oder Bezugssperren und zum Diskriminierungsverbot

32.42.1 § 26 des Kartellgesetzes bestimmt:

„Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefer- oder Bezugssperren auffordern.

Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen ... dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Satz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen Anbieter oder Nachfrager von einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.“

32.42.2 Das Bundeskartellamt hat in einer Presseinformation Nr. 51/75 angekündigt, es werde „hinsichtlich der in den Rahmenverträgen der Metro-Makro-Gruppe ferner enthaltenen Delkredere- und Inkassoprovisionsregelung das Verfahren unter dem Gesichtspunkt der mißbräuchlichen bzw. gegen § 26 II GWB verstoßenden Anwendung von Nachfragemacht fortführen.“

Auch zu derartigen und ähnlichen Verfahren kann die EmpRF oft den zur Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale erforderlichen Sachverhalt mit ungleich größerer Verbindlichkeit als der Richter oder die Anwälte ermitteln.

Daß dies für solche Tatbestandsmerkmale gilt wie

- gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich
- Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen (sog. relevanter Markt)
- in der Weise abhängig, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen

brauche ich nach den bisherigen Ausführungen⁶⁸ nicht weiter auszuführen.

Aber auch für solche Tatbestandsmerkmale wie „unbillig zu beeinträchtigen“ oder „unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern“ kann die EmpRF den Sachverhalt genauer ermitteln als die herkömmlichen Methoden und Techniken der Tatbestandsfeststellung. Es handelt sich um Tatbestandsmerkmale, zu denen grundsätzlich das außerrechtliche soziale Ordnungsgefüge, die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise beachtet werden müssen⁶⁷. Dementsprechend müssen die Verhaltensregelmäßigkeit, die Verhaltensverbindlichkeit und die Verhaltensbewertung ermittelt werden⁶⁹.

32.5 Beispiele zum Sonstigen Empirischen Wettbewerbsrecht

32.51 Nach § 9 Nr. 1 RabattG dürfen Sondernachlässe oder Sonderpreise gewährt werden, „sofern dieser Nachlaß seiner Art und Höhe nach *orts- oder handelsüblich* ist“. Was orts- oder handelsüblich ist, ermittelt — den oben 21.2 erwähnten Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 12. 12. 1953 und 1. 12. 1965 entsprechend — die EmpRF. Das Urteil vom 12. 12. 1953 kann nahezu wörtlich herangezogen werden: die Gerichte „müssen daher prüfen, ob die behauptete örtliche Verkehrssitte besteht, und zwar durch Befragung aller verkehrsbeteiligten Kreise.“

32.52 Nach § 9 Nr. 2 RabattG dürfen Sondernachlässe oder Sonderpreise „Personen gewährt werden, die ... Waren oder Leistungen in solchen Mengen abnehmen, daß sie als *Großverbraucher* anzusehen sind.“ Ob Personen als „Großverbraucher“ anzusehen sind, richtet sich — darüber sind sich Rechtsprechung und Schrifttum einig — „nach der Handelsüblichkeit oder nach der Verkehrsanschauung“⁶⁹. Es kommt also auch hier auf Tatbestände an, die auf das Verhalten oder

die Einstellung anderer abstellen, und folglich mit erheblich größerer Verbindlichkeit durch EmpRF festgestellt werden können als durch einzelne Verfahrensbeeteiligte.

32.6 Empirische Handelsrechtsforschung⁷⁰

Wie immer handelt es sich nicht um eine abschließende Aufzählung, sondern nur um Beispiele.

Überhangprovision des Handelsvertreters nach § 87 III HGB

Neuerdings werden Probleme zur Überhangprovision diskutiert, zu denen die EmpRF den rechtserheblichen Sachverhalt zuverlässiger ermitteln kann. Der — zur Zeit beim Bundesgerichtshof⁷¹ anhängige-Musterprozeß: der Handelsvertreter hatte seine Akquisitionstätigkeit im wesentlichen für ein Projekt im Juli 1970 abgeschlossen, dann ordnete die Bundesrepublik (die später den Auftrag erteilt hat) einen Bau- und Vergabestop an. Am 31. 12. 1972 schied der Handelsvertreter beim Unternehmen aus. Im November 1973 erteilte der Bund — nach Aufhebung des Vergabestops — den Auftrag. Der Handelsvertreter beansprucht nun eine Überhangprovision nach § 87 III, der bestimmt:

„Für ein Geschäft, das erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen ist, hat der Handelsvertreter Anspruch auf Provision nur, wenn er es vermittelt hat oder es eingeleitet und so vorbereitet hat, daß der Abschluß überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist, und wenn das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden ist.“

Der Bundesgerichtshof wird möglicherweise, für die EmpRF interessant, zu diesen Rechtsfragen Stellung nehmen:

- Stellt der Wortlaut des § 87 III für den Beginn der Frist auf die Beendigung des (Handelsvertreter-)Vertragsverhältnisses ab oder auf die letzte rechtserhebliche Tätigkeit des Handelsvertreters?
- Für die Dauer der Frist kommt es nach allgemeiner Meinung darauf an, ob das Geschäft nach dem „gewöhnlichen Lauf der Dinge zustandegekommen ist“; nur dann wurde das Geschäft innerhalb „angemessener Frist“ i. S. des § 87 III abgeschlossen. Ist im konkreten Fall das Geschäft „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zustandegekommen?“⁷²

32.7 Empirische Rechtsforschung zum Sonstigen Bürgerlichen Recht

32.71 Geschäftsschädigung

§ 824 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) bestimmt:

„Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für des-

sen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß.

Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat."

Ob eine Tatsache „der Wahrheit zuwider“ behauptet worden ist, beurteilt sich nach allgemeiner Meinung danach, wie die beanstandete Mitteilung vom Empfängerkreis (also nicht nur von einem Gericht) unbefangen verstanden wird⁷².

32.72 Mehrwertsteuer im Preis enthalten?

Das Handelsblatt berichtete am 19.8.1976 über ein — der „herrschenden Meinung“ in Rechtsprechung und Literatur entsprechendes — Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf:

„Bei Fehlen einer anderweitigen Vereinbarung und eines abweichenden Handelsbrauches sei die Käuferin nur zur Zahlung des ziffernmäßig festgelegten Kaufpreises verpflichtet, so erklärten die Richter, nicht aber zur Tragung der Mehrwertsteuer. Gegen das Bestehen eines Handelsbrauches spreche eine in Zeitungsberichten abgedruckte Empfehlung des Deutschen Industrie- und Handelstages, bei einer Preisvereinbarung zwischen Unternehmen solle zur Vermeidung von Mißverständnissen im Angebot ausdrücklich klargestellt werden, ob der Mehrwertsteuerbetrag hinzuzurechnen sei.“

Welche — nach §§ 133, 157, 242 BGB, 346 HGB maßgebliche — Verkehrsauffassung nun tatsächlich besteht, ist, soweit ersichtlich, noch nie untersucht worden, obwohl die Frage bald täglich neu gestellt wird.

32.73 Wirksamwerden von Willenserklärungen gegenüber Abwesenden

§ 130 BGB lautet:

„Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht.“

Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird.“

Rechtsprechung und Schrifttum legen § 130 BGB einhellig dahin aus, daß zu den einzelnen Rechtsfragen auf Verkehrs- und Verkehrsauffassung Rücksicht genommen werden muß: „Zugehen ist ein Rechtsbegriff. Zugegangen ist die Willenserklärung, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, daß bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen war; daß er von ihr

Kenntnis nehmen konnte. Wann das zutrifft, ist nach der Verkehrs- und Verkehrsauffassung zu entscheiden. Bei Abgabe an Dritte ist entscheidend, ob sie nach Verkehrsauffassung selbst ermächtigt zur Annahme für Empfangnahme gelten können.“⁷⁴

32.74 Kostbarkeiten

Nach § 372 BGB darf der Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen Kostbarkeiten hinterlegen. Was unter Kostbarkeiten zu verstehen ist, richtet sich unbestritten⁷⁵ nach der „Allgemeinen Verkehrsauffassung“.

32.75 Haftung bei Vermögensübernahme

Durch die zahlreichen Insolvenzen hat in den letzten Jahren § 419 BGB wieder große Bedeutung erlangt. Nach § 419 haftet derjenige, der „das Vermögen eines anderen übernimmt“ für alle Verbindlichkeiten des Abgebenden. „Ob das (Übernahme des Vermögens) der Fall ist, entscheidet die Verkehrsauffassung, unter Umständen genügt ein einziger Gegenstand“⁷⁶.

32.76 Gewährleistungspflicht bei Fehlern des Kaufgegenstandes

Nach § 459 BGB haftet der Verkäufer dafür, daß der verkaufte Gegenstand nicht erhebliche Fehler aufweist. Schon das Reichsgericht hat entschieden, daß es zum Tatbestandsmerkmal „erheblicher Fehler“ auf die Verkehrsauffassung ankommt und nicht auf die subjektive Ansicht des Käufers oder des Richters⁷⁷.

32.77 Empirische Rechtsforschung zum Schadensersatzrecht

32.77.1 Die Tatzurechnung im Schadensersatzrecht

Ein Kernproblem des heutigen Schadensersatzrechts ist die sog. Tatzurechnung. Der vieldiskutierte Musterfall⁷⁸:

Auf der Autobahn ereignete sich ein Auffahrunfall ohne Personenschaden und mit nur geringem Sachschaden an beiden beteiligten Kraftfahrzeugen. Die nachfolgenden Fahrzeuge benutzten den Grünstreifen, um die beiden Unfallfahrzeuge zu umfahren. Der Grünstreifen wurde dadurch nach den Feststellungen des Landgerichts „auf einer Strecke von ca. 400 m zerstört und erheblicher Sachschaden angerichtet.“

Haftet ein Fahrer, der leicht fahrlässig eine solche Situation verursacht hat, auch für den Schaden am Grünstreifen? Dieser Schaden konnte ja nur dadurch entstehen, daß sich andere Fahrer entschlossen haben, den Grünstreifen zu benutzen und nicht abzuwarten, bis die Unfallstelle geräumt gewesen ist. Andererseits haben diese Fahrer den Grünstreifen nur benutzt, weil sich der Unfall ereignet hatte.

Zu den in diesem Zusammenhang auftretenden Rechtsfragen stellen Rechtsprechung und Schrifttum auf Kriterien ab, die mit ungleich größerer Verbindlichkeit die EmpRF beantworten kann. Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofes

vom 24. 4. 1952⁷⁹ muß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs-sitte⁸⁰ entschieden werden. Im Leitsatz des Urteils heißt es dementsprechend: „... wobei ganz unwahrscheinliche und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge nicht in Betracht zu ziehende Umstände auszuscheiden haben. Ein solcher außerhalb der erfahrungsmäßigen Wahrscheinlichkeit liegender Erfolg muß als zufällige, nicht mehr zurechenbare Folge gelten.“⁸¹

Wie soll nun nach diesen Grundsätzen dieser in München z. Zt. rechtshängige Rechtsstreit entschieden werden:

In der Nähe von Landshut ereignete sich bei Glatteis ein kleinerer Unfall. Es entstand nur ein Sachschaden von DM 500.—. Der Fahrer des beschädigten Fahrzeugs will nachweisen: dadurch, daß er wegen des Unfalls 15 Minuten aufgehalten worden ist und mit einem Taxi zum Flughafen fahren mußte, versäumte er um wenige Minuten das Flugzeug, mit dem er nach Zürich fliegen wollte; das nächste Flugzeug flog erst zwei Stunden später; er versäumte deshalb seinen Geschäftspartner; wäre er rechtzeitig in Zürich erschienen, hätte er — so will der klagende Fahrer nachweisen — eine große Druckmaschine mit einem Gewinn von DM 500 000.— für 1,2 Millionen Mark verkaufen können.

Was verlangen „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“, die nach dem erwähnten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. 4. 1952 maßgeblich sein sollen, falls dem Kläger gelingen sollte, den behaupteten Sachverhalt nachzuweisen? Soll derjenige Fahrer, der leicht fahrlässig den Kfz-Schaden in Höhe von DM 500.— verursacht hat, eine halbe Million Schadensersatz leisten müssen? Oder liegt der 1/2-Millionenschaden — worauf der BGH abstellt — „außerhalb der erfahrungsmäßigen Wahrscheinlichkeit“?

32. 77. 2 Schmerzensgeld

Letztlich muß auch die „billige Entschädigung“ (§ 847 BGB) für den immateriellen Schaden bei Verletzungen des Körpers oder der Gesundheit die Wertvorstellungen der Allgemeinheit berücksichtigen.

32. 8 Empirisches Verfahrensrecht

Für das Verfahrensrecht bedarf es ebenso EmpRF wie für — grundsätzlich — alle anderen Rechtsgebiete auch. Hauptbeispiel ist der sog. Anscheinsbeweis. Die Rechtsprechung läßt diese Beweiserleichterung zu:

„Steht ein Sachverhalt fest, der nach der *Lebenserfahrung* auf einen bestimmten Geschehensablauf hinweist, so ist dieser regelmäßige Verlauf als bewiesen anzusehen, wenn der Fall das *Gepräge des Üblichen und Typischen* trägt“⁸².

Täglich wird diese Rechtsprechung praktisch, ohne daß EmpRF betrieben würde; und täglich wird bestätigt, was schon die Spatzen von den Dächern pfeifen: wenn dem Juristen kein Argument einfällt, beruft er sich auf die Lebenser-

fahrung; oft bleibt ihm auch — weil eben keine EmpRF zur Verfügung steht — gar nichts anderes übrig. Wer die zahlreichen Entscheidungen zu diesem prima facie-Beweis überprüft, findet bestätigt, daß es — wie erwähnt — „kein unzuverlässigeres Instrumentarium für die Prüfung von Theorien gibt als die intuitive Alltagsforschung“ (Opp). Wie fragwürdig im Einzelfall die Entscheidungen zum Anscheinsbeweis sind, wird bewußt, wenn man sich vergegenwärtigt⁸³:

- a) Wer hat die Lebenserfahrung gesammelt?
- b) Wer (d. h. welche Art von Personen) wurde befragt oder beobachtet?
- c) Wie viele Personen wurden befragt oder beobachtet?
- d) Wie wurden die Personen (bzw. die zu beobachtenden Tatbestände) ausgewählt?
- e) In welcher Weise wurden die Personen befragt und beobachtet?
- f) Was genau war das Ergebnis der Lebenserfahrung?

Keine dieser Fragen wird beantwortet, wenn das Gericht im Einzelfall seine Entscheidung auf die Lebenserfahrung stützt.

Trotzdem bedarf es natürlich des Instituts des Anscheinsbeweises. Nur bedarf es ebenso sehr nach und nach einer Unterstützung der Rechtsprechung durch EmpRF bei der Ermittlung des für den Anscheinsbeweis erheblichen Tatbestands.

32. 9 Empirisches Handelsbilanzrecht und Empirisches Steuerrecht

Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung bilden den Kern des Handelsbilanzrechts und sind damit auch für das Steuerrecht von grundlegender Bedeutung. Diese Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ergeben sich aus der „Verkehrsauffassung der in Betracht kommenden Kreise“. Das steht spätestens seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsfinanzhofs vom 22. 10. 1931⁸⁴ fest.

Der Reichsfinanzhof hat schon in dieser Entscheidung nicht nach eigenem Gutdünken die Verkehrsauffassung der in Betracht kommenden Kreise festgelegt. Er hat vielmehr ein Gutachten des Deutschen Industrie- und Handelstages eingeholt, diesen schon bei Auftragserteilung gebeten, mit den zuständigen „Spitzenverbänden Fühlung zu nehmen“ und nach ausdrücklicher Wiedergabe der Stellungnahmen diese als rechterheblichen Tatbestand zugrundegelegt.

Wie brisant EmpRF hier werden kann, zeigt der letzte spektakuläre Fall: die Bayer-Bilanz 1974. Das Landgericht Düsseldorf hat die Bayer-Bilanz 1974 für nichtig erklärt; und zwar mit der Begründung, die im April 1974 übernommenen Spartengesellschaften der Metzeler AG dürften (noch) nicht im Anlagevermögen ausgewiesen werden⁸⁵.

4 *Schlußbemerkung*

Wenn ich so wichtige Gebiete, wie das Verfassungs- und Verwaltungsrecht oder das Strafrecht, nur gelegentlich erwähnt habe, bedeutet dies selbstverständlich nicht, daß EmpRF für diese Rechtsgebiete weniger interessant wäre. Diese Arbeit soll, wie erwähnt, nur dazu beitragen, die Empirische Sozialforschung für die Rechtspraxis zu erschließen und aus ihrem Aschenbrödel-dasein zu befreien versuchen, Theorie und Praxis eine umfassende und systematische Empirische Rechtsforschung im Sinne einer eigenständigen Wissenschaftsdisziplin nahezulegen. Fragen und Möglichkeiten, die noch aufgegriffen werden müßten, gibt es natürlich in Hülle und Fülle. Es beginnt beim Verhältnis von Gutachten der Industrie- und Handelskammern zu den Gutachten der Sozialforschungsinstitute. Es geht bspw. weiter mit solchen Problemen wie: kann auch der Sinn und Zweck von Rechtsnormen unter bestimmten Umständen mit EmpRF ermittelt werden? Und man wird eventuell mit EmpRF zu Erkenntnissen gelangen, die heute als selbstverständlich geltende und grundlegende Prinzipien aufheben. Dazu ein — letztes — Beispiel: die Rechtsmethodenlehre unterscheidet heute zwischen dem Wortlaut einer Norm einerseits und ihrem Sinn und Zweck andererseits⁶⁶. Erste Versuche haben jedoch ergeben, daß das sog. Gesetz von der schönen Gestalt auch für das Rechtswesen gilt; d. h., Wortlaut sowie Sinn und Zweck stehen für den Normadressaten nicht jeweils für sich. Er versteht den Wortlaut als solchen bereits und nur unter dem (von ihm angenommenen) Sinn und Zweck der Norm. Wenn sich diese ersten Versuche bestätigen, muß sich die Methodenlehre auf einen neuen Boden stellen. Schon viele Jahrzehnte, ja Jahrhunderte andauernde Streitigkeiten, wie die in aller Welt ausgetragenen Auseinandersetzungen zur sog. Eindeutigkeitsregel, lösen sich dann von selbst, weil alle Meinungen von falschen Voraussetzungen ausgegangen sind und Fragen aufgeworfen haben, die sich gar nicht stellen.

¹ Die Darstellung geht somit über die Absatz- und Verbrauchsforschung, der sich das Jahrbuch widmet, hinaus.

² Zu weiteren Einzelheiten, vor allem zu Literaturangaben, darf ich mich auf meinen Aufsatz „Empirische Kartellrechtsforschung“ in „Wettbewerb in Recht und Praxis“ 1975, 408 ff. beziehen.

³ Oder ausführlicher ausgedrückt: Empirische Rechtssoziologie bezeichnet im wesentlichen die Untersuchung der sozialen Vorgänge des Rechtslebens, der daraus entstehenden Strukturen und des Beitrages, den dieses Ordnungsgefüge für die Gesellschaft als Ganzes leistet, und zwar mit den in der soziologischen Forschung üblichen Untersuchungsmethoden und -techniken.

⁴ Die empirische Rechtssoziologie hat sich bis jetzt im wesentlichen beschäftigt mit — Grundlagenforschung, in erster Linie mit der Erforschung der Mechanismen der Rechtsforschung sowie der Beobachtung von Verhaltensregelmäßigkeiten, Abweichun-

gen und Sanktionen (Hauptarbeit: Gerd Spittler, Norm und Sanktion. Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus, 1967).

- der Effektivität des Rechts, und zwar in zwei Hauptformen: der Justizforschung und der Erforschung von Funktionen und Auswirkungen von Gesetzen (Hauptwerke u. a.: Ralf Dahrendorf, Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 5. Jahr 1960; Wolfgang Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, Berlin, Neuwied 1960; Theo Rasehorn, Von der Klassenjustiz zum Ende der Justiz, Kritische Justiz, 1969; Walther Richter, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, Berlin 1973; Klaus Röhl, Das Dilemma der Rechtsstatsachenforschung, Tübingen 1974; Erhard Blankenburg, Empirische Rechtssoziologie, München 1975; Winter, Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, erörtert an der sozialen Stellung unehelicher Kinder, Berlin 1969).
- der soziologischen Jurisprudenz, der Lehre von der soziologisch orientierten Aufstellung, Anwendung und Durchsetzung der Rechtsnormen durch den Rechtsstab.

⁶⁶ Die Rechtsstatsachenforschung im engeren Sinne soll die Analyse des Ist-Zustandes und die Aufstellung von Hypothesen für den Soll-Zustand bezeichnen. Die Rechtsstatsachenforschung im weiteren Sinne soll die Simulierung des Soll-Zustandes und die experimentelle Kontrolle seiner Wirkungsweise mit erfassen.

⁶⁷ BDH LM Nr. 1 zu § 157 BGB.

⁶⁸ Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1966, 501 ff.

⁶⁹ Urteil vom 12. 5. 1965; abgedruckt in der Zeitschrift Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1965, 670 ff.

⁷⁰ GRUR 1957, 285.

⁷¹ GRUR 1959, 830 ff.

⁷² GRUR 1957, 426, 428.

⁷³ GRUR 1965, 146.

⁷⁴ GRUR 1970, 27 ff.

⁷⁵ GRUR 1957, 553 ff.

⁷⁶ Karl-Dieter Opp, Soziologie im Recht, Hamburg 1973, S. 55.

⁷⁷ Opp a. a. O., S. 54.

⁷⁸ Opp a. a. O. S. 11.

⁷⁹ Abhandlungen, die sich insgesamt und systematisch mit EmpRF in dem hier verstandenen Sinne beschäftigen, fehlen. Es fehlen auch Darstellungen zur Anwendung der Empirischen Sozialforschung auf allen Rechtsgebieten. Für viele der unten Nr. 3 erwähnten Rechtsgebiete wurde die Möglichkeit Empirischer Forschung noch nicht diskutiert. Zu Teilgebieten liegt diese Literatur vor (die Aufstellung ist selbstverständlich nicht vollständig; die Auswahl stellt keine Wertung dar; die Aufstellung soll nur einen Eindruck vom vorhandenen Material und Anhaltspunkte für weitere Nachforschungen vermitteln):

Achterberg, Norbert, Rechtstheoretische Grundlagen einer Kontrolle der Gesetzgebung durch die Wissenschaft. Rechtstheorie I (1970), S. 147—155.

Adorno, Theodor W., Hans Albert, Ralf Dahrendorf, Jürgen Habermas, Harald Pilot, Karl R. Popper, Der Positivismus in der deutschen Soziologie. Neuwied und Berlin 1969.

Albert, Hans, Ernst Topitsch, Werturteilstreit. Darmstadt 1971.

Aubert, V., Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung. In: Ernst H. Hirsch und Manfred Rehbinder, Hrg., Studien und Materialien zur Rechtssoziologie. Köln und Opladen 1967, S. 284—309.

Arzt, Gunther, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden. Dissertation Tübingen 1962.

Bender, Rolf, Hrsg., Tatsachenforschung in der Justiz. Einführung in die Methoden. Mit Untersuchungen zu: Prozeßbeschleunigung. Berufungsgründe. Einzelrichter und Kollegium. Gerichtsorganisation. Tübingen 1972.

Beutel, Frederick K., Experimentelle Rechtswissenschaft. Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und RTF, Band 21, Berlin 1971.

Birke, Wolfgang, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, Köln 1968.

Blankenburg, Erhard, Empirische Rechtssoziologie, München 1975.

Blankenburg, Erhard, Wolfgang Kaupen, Rüdiger Lautmann, Frank Rotter, Kritische Anmerkungen zur rechtssoziologischen Forschung und Argumentation In: Rehinder und Schelsky 1972, S. 600—602.

Brecht, Arnold, Politische Theorie. Deutsche Ausgabe, Tübingen 1961.

Bulygin, Eugenio, Der Begriff der Wirksamkeit. ARSP Beiheft Nr. 41 (1965), S. 39—58.

Casper, Gerhard, Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken, Berlin 1967.

Dahrendorf, Ralf, Gesellschaft und Freiheit. München 1961.

Dahrendorf, Ralf, Homo sociologicus, 5. Aufl., Köln, Opladen 1965.

Eckhoff, Torstein und Knut Dahl Jacobsen, Zur Effektivität des Rechts. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3 (1972). Hrsg. von Manfred Rehinder und Helmut Schelsky.

Ehrlich, Eugen, Grundlegung der Soziologie des Rechts. Berlin 1913.

Ehrlich, Eugen, Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Hrsg. von Manfred Rehinder, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtsstatsachenforschung, Bd. 7, Berlin 1967.

Ehrlich, Eugen, Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften. Ringvorlesung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Br., Karlsruhe 1967.

Engisch, Karl, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Heidelberg 1953.

Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963.

Esser, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.

Esser, Josef, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht. In: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 95—130.

Evan, William M. (Hrsg.), Law and Sociology. New York 1962.

Fuchs, Ernst, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. Karlsruhe 1909.

Gallois, Hermann, Die wachsende Bedeutung der Verkehrssitte und ihre Einwirkung auf nachgiebiges Recht. NJW 1954, S. 293—295.

Garn, Heino, Rechtswirksamkeit und faktische Rechtsgeltung. ARSP 55 (1969), S. 161—181.

Geiger, Theodor, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Kopenhagen 1947.

Gurvitch, Georges, Grundzüge der Soziologie des Rechts. Neuwied 1960.

Hagen, Johann J., Soziologie und Jurisprudenz, München 1972.

Hartwig, Oskar, Rechtsstatsachenforschung im Übergang — Bestandsaufnahme zur Empirischen Rechtssoziologie in der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen 1975.

Hirsch, Ernst E., Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und RTF an der Freien Universität Berlin, Bd. 1, 1966.

Hirsch, Ernst E., Gedanken zur Einführung rechtssoziologischer Lehrveranstaltungen in den Rechtsunterricht. In: Juristenzeitung 1970, Bd. 25, S. 679.

Kantorowicz, Hermann, Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre. Hrsg. von Thomas Würtenberger, Karlsruhe 1962.

Kaupen, Wolfgang, Der Jurist als Behüter oder als Gestalter der Gesellschaft. Recht und Politik 6 (1970), S. 112—119.

Kaupen, Wolfgang, Rechtssoziologie in Deutschland. Recht und Politik 4 (1968), S. 115—120.

Lautmann, Rüdiger, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Stuttgart usw. 1971.

Limbach, Jutta, Empirische Rechtssoziologie, JA (Juristische Arbeitsblätter) 1973, 143 ff., 295 ff.

Limbach, Jutta, Die Feststellung von Handelsbräuden. Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, 1968, S. 77—98.

Luhmann, Niklas, Rechtssoziologie, 2 Bde., Reinbek bei Hamburg 1972.

Müller, Hanswerner, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, Köln 1963.

Nauke, Wolfgang und Paul Trappe (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtspraxis, Neuwied, Berlin 1970.

Noelle-Neumann, Elisabeth und Carl Schramm, Umfrageforschung in der Rechtspraxis. Weinheim 1961.

Noelle-Neumann, Elisabeth und Carl Schramm, Testen der Verwechslungsgefahr, GRUR 1976, S. 51—63.

Noelle-Neumann, Elisabeth, Was heißt „Verbraucher-Erwartung“ und wie läßt sie sich feststellen? Sonderdruck aus: Schriftenreihe des Bundes für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde, Heft 61, 1967.

Noll, Peter, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg, 1973.

Nußbaum, Arthur, Die Rechtsstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, Tübingen 1914.

Nußbaum, Arthur, Die Rechtsstatsachenforschung, AcP 154 (1955), S. 453—484.

Nußbaum, Arthur, Die Rechtsstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele. Hrsg. von Manfred Rehinder, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und RTF, Bd. 12, Berlin 1968.

Opp, Karl-Dieter, Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozeß. Kritische Justiz 1970, S. 383—398.

Opp, Karl-Dieter, Soziologie im Recht, Reinbek bei Hamburg, 1973.

Popitz, Heinrich, Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie. Recht und Staat, Heft 331/332, Tübingen 1967.

Raiser, Thomas, Was nützt die Soziologie dem Recht? JZ 1970, S. 665—71.

Raiser, Thomas, Einführung in die Rechtssoziologie. JA-Sonderheft 9, Berlin 1972.

Raschorn, Theo, Von der Klassenjustiz zum Ende der Justiz. Kritische Justiz 1969, S. 273—283.

Rehinder, Manfred, Entwicklung und gegenwärtiger Stand der RTF in den USA. München, Pullach, Berlin 1970.

Rehinder, Manfred, Einführung in die Rechtssoziologie. Frankfurt a. M. 1971.

Rehinder, Manfred, Die Rechtsstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und soziologischer Jurisprudenz. In: Rüdiger Lautmann, Werner Maihofer, Helmut Schelsky, Hrsg., Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, Gütersloh 1970, S. 334—359.

Rehinder, Manfred, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts. Berlin 1972.

Röhl, Klaus, Das Dilemma der Rechtsstatsachenforschung, Tübingen 1974.

Simitis, Spiros, Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung. Karlsruhe 1970.

Rottleuthner, Hubert, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt 1973.

Rottleuthner, Hubert, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt 1973.

Teubner, Heinrich, Demoskopische Gutachten als Beweismittel. JZ 1965, S. 125—130.

Teubner, Gunther, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt 1971.

Trappe, Paul, Zur Situation der Rechtssoziologie. Recht und Staat, Heft 369, Tübingen 1968.

- Weber, Max, Rechtssoziologie, Neuwied 1960.
 Württemberg, Thomas: Vorwort zu Kantorowicz, Hermann, Rechtswissenschaft und Soziologie (Sammelband), Karlsruhe 1962.
 Wüstenhöfer, Hans, Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie. ARSP 9 (1915/1916), S. 170—180, 289—320, 422—455.
- ¹⁸ Gründungsversammlung vom 9./10. 4. 1976 in Berlin; formelle Gründungsversammlung am 17. 6. 1976 in Hamburg. Die Vorstandsmitglieder: PD Dr. Blankenburg, Berlin; Prof. Dr. Esser, Tübingen; Prof. Dr. Hassemer, Frankfurt; Prof. Dr. Heldrich, München; Prof. Dr. Hoffmann-Riem, Hamburg; Prof. Dr. Rüdiger Lautmann, Bremen; Prof. Dr. Limbach, Berlin; Prof. Dr. Raiser, Gießen; Prof. Dr. Weiss, Hamburg.
- ¹⁷ Juristenzeitung (JZ) 1972, 498/499.
¹⁸ A. a. O. S. 17.
¹⁹ Die zum Teil den Gerichten nicht nur die Einholung von Gutachten anerkannter Markt- und Sozialforschungsinstitute freistellen, sondern die Einholung verlangen.
²⁰ GRUR 1971, 420 f.
²¹ A. a. O. S. 306 f.
²² A. a. O. S. 141.
²³ Vgl. Teubner a. a. O. sowie z. B. Lüderitz, Auslegung von Rechtsbegriffen in: Berkeley/Köln Rechtsstudien Bd. 8, Karlsruhe 1966, S. 29, 37 ff. et pass. mit zahlreichen weiteren Hinweisen.
²⁴ Siebert-Knopp, Anm. 2 zu § 242.
²⁵ Vgl. dazu unten 22. 4 und 24.
²⁶ A. a. O. S. 61.
²⁷ Dazu noch unten 3; z. B. 32. 32 (schwerwiegende Auswirkungen auf andere Rechtsverhältnisse).
²⁸ Vgl. dazu z. B. unten 32. 11 und 32. 12.
²⁹ A. a. O., Fußn. 15, S. 55.
³⁰ Vgl. den Aufsatz S. 410.
³¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), Band 7, S. 377 ff.
³² Vgl. den oben erwähnten Aufsatz „Empirische Kartellrechtsforschung“ S. 411.
³³ Insbes. Teubner a. a. O. (Zur Ermittlung von Wertvorstellungen); konzentriert auf Fragen des Gewerblichen Rechtsschutzes: Noelle-Neumann / Carl Schramm a. a. O.
³⁴ Aufgabe von Theorie und Praxis wird u. a. sein, die soziologischen Theorien für die Lösung juristischer Probleme zusammenzustellen. Vgl. zu den Schwierigkeiten EmpRF im übrigen auch unten 23 und 24.
³⁵ Vgl. Fußn. 22 des Aufsatzes „Empirische Kartellrechtsforschung“.
³⁶ So auch schon an dem in Fußn. 2 a. O.
³⁷ Vgl. zu möglichen Untersuchungsansätzen an dem in Fußn. 2 a. O., S. 412 ff.
³⁸ Vgl. dazu auch oben Fußn. 23.
³⁹ Weitere Einzelheiten enthalten die oben 22. 4 erwähnte Literatur, der Aufsatz „Empirische Kartellrechtsforschung“, S. 415 ff. und selbstverständlich die Lehrbücher zu den Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung.
⁴⁰ GRUR 1966, 702.
⁴¹ GRUR 1966, 702 f.
⁴² Bender, in: Zur Notwendigkeit einer Gesetzgebungslehre, Stuttgart 1974 und in: Gesetzgebungslehre — ein neuer Zweig der Rechtswissenschaft?, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1976, 132.

- ⁴³ Vgl. z. B. Noll a. a. O. und Bender a. a. O. (Fußn. 40).
⁴⁴ Vgl. dazu oben 22. 2.
⁴⁵ Simitis a. a. O. (Fußn. 15).
⁴⁶ So schon ein „Klassiker der Gesetzgebungslehre“: Bentaam, Jeremy, Grundsätze der Civile- und Criminalgesetzgebung. Hrsg. von Etienne Dumont, deutsch von Friedrich Eduard Beneke, Berlin 1830.
⁴⁷ Oppositionssprecher Götter nach Handelsblatt vom 11. 2. 1976, S. 3.
⁴⁸ Vgl. zur Werturteilsproblematik aus der neuesten Literatur insbesondere Röhl a. a. O. (Fußn. 15), S. 25 ff.
⁴⁹ Vgl. Schweizer / M.-L. Heldrich, Überhangprovision des Handelsvertreters für sogenannte gestorbene Geschäfte, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 1976, S. 25 ff.
⁵⁰ „Richterrecht in aller Munde“, vgl. dazu schon oben Fußn. 23 Die Standard- und Lehrbücher zum Bürgerlichen Recht formulieren so: „Das Recht ist nur ein Teil unserer Gesamtkultur, der insbesondere mit den ethischen, sozialen und wirtschaftlichen Anschauungen und Bedürfnissen der Rechtsnorm untrennbar verbunden ist. Deshalb ist es im Zweifel so auszulegen, daß es beiden Anforderungen des Gesellschaftslebens und der Entwicklung unserer Gesamtkultur möglichst gerecht wird.“ (Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., § 56 III. Erheblich eingehender wird die Problematik selbstverständlich bei Teubner und Lüderitz a. a. O. sowie in der von diesen angegebenen Literatur diskutiert.)
⁵¹ Neue Juristische Wochenschrift 1958, 257. Da sich diese Entscheidung in erster Linie mit der sog. Drittwirkung der Grundrechte befaßt, fügt sie am Ende des Zitats hinzu „... und in seiner Verfassung ficiert hat.“
⁵² Juristen-Zeitung (JZ) 1956, 559 ff. unter Hinweis auf Bernhardt.
⁵³ Bernhardt, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, S. 35.
⁵⁴ Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 35. Aufl., Anm. 2 zu § 133. Ausführlich Lüderitz a. a. O. (Fußn. 23).
⁵⁵ Vgl. oben bei Fußn. 18.
⁵⁶ Aktenzeichen: 23 Ca 9220/76.
⁵⁷ Aktenzeichen: 1 Sa 412/76, Urteil v. 4. 12. 1976, vgl. auch schon oben bei Fußn. 48c.
⁵⁸ Zu diesem Rechtsstreit Münchener Merkur vom 4./5. 9. 1976, S. 8 „Problem Probezeit“.
⁵⁹ Vgl. oben Nr. 22. 3.
⁶⁰ Vgl. oben Nr. 22. 3.
⁶¹ Der Betrieb (DB) 1976, S. 394.
⁶² Vgl. z. B. Münchener Merkur vom 6. 10. 1976.
⁶³ Z. B. oben bei Fußn. 48.
⁶⁴ Münchener Merkur vom 9./10. 10. 1976, S. 8 „Versteckte Klauseln sind unverbindlich“.
⁶⁵ Bundestagsdrucksache 7/5422 vom 21. 6. 1976.
⁶⁶ NJW 1975, 1930.
⁶⁷ Grundsatzurteil „Statt Blumen Onko-Kaffee“ vom 12. 1. 1972, GRUR 1972, 553.
⁶⁸ In gleichem Sinne das oben bei Fußn. 48a zitierte Urteil des Bundesverfassungsgerichts.
⁶⁹ Z. B. oben Nr. 22. 1.
⁷⁰ So oder ähnlich z. B. Ulmer, Das Recht des Unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band III, Anm. 259; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl., § 50 I 2.
⁷¹ Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 11. Aufl., RdNr. 436 zu § 1.

- ⁶⁵ Urteil vom 11. 7. 1975, WRP 1976, 40.
- ⁶⁶ Vgl. Fußn. 2, mit Hinweisen auf Untersuchungen der Institute Infratest und Getas.
- ⁶⁷ Vgl. dazu auch schon oben bei Nr. 23 (Fußn. 34).
- ⁶⁸ Vgl. z. B. oben 21. 1, 22. 5, 32 und 32. 41. 2.
- ⁶⁹ Vgl. z. B. oben 32.
- ⁷⁰ Ein konstruiertes Beispiel: Große Einzelhandelsunternehmen wie Hertl, Metro und Edeka verlangen von Zulieferern, daß diese Einstandsprämien zahlen. Die Zulieferer müssen also — in dem hier konstruierten Beispiel — einen höheren Betrag leisten allein dafür, daß ihre Produkte in das Sortiment aufgenommen werden. Zulieferer können bspw. sein: eine Brauerei, eine Waschmittelfirma, ein Lieferant für Würstchen in Dosen. Wenn der Zulieferer die Einstandsprämie nicht bezahlt, nimmt das Einzelhandelsunternehmen die Produkte eines anderen Anbieters in sein Sortiment auf, also z. B. die Biere einer anderen Brauerei. Der Anbieter muß die Einstandsprämie bezahlen unabhängig davon, wieviel er später über das Einzelhandelsunternehmen absetzt. Zu diesem angenommenen Fall können bspw. diese — weitgehend noch nicht in die Sprache der Sozialforschung übersetzten — Fragen über eine repräsentative Befragung die Daten liefern, die zur Anwendbarkeit des § 26 KartG bekannt sein sollten:
- a) Wie denkt der Verbraucher, die Allgemeinheit und die betroffenen Verkehrskreise ganz allgemein über eine solche Einstandsprämie? Finden diese Kreise, daß der Anbieter (z. B. die Brauerei) unbillig behindert wird? Oder sieht der Verkehr in der Einstandsprämie ein zulässiges Mittel, möglichst günstig einzukaufen?
- b) Wie beurteilen die angesprochenen Kreise etwa diesen Fall: Die Brauerei verdient — normalerweise an einer Flasche Bier durchschnittlich 1 1/2 Pfennig — bei Lieferungen an Einzelhandelsunternehmen 1/4 Pfennig (weil sie wegen des größeren Absatzes Preisnachlässe gibt) und — durch die Zahlung der Einstandsprämie an das Einzelhandelsunternehmen praktisch im ersten Jahr der Geschäftsverbindung nur 1/2 Pfennig.
- c) Wie beurteilen die maßgeblichen Kreise das Verhalten des Einzelhandelsunternehmens, wenn die Brauerei
- gerade ohne Gewinn und ohne Verlust arbeitet
 - Verluste erleidet.
- d) Wird der Anbieter nach Ansicht der maßgeblichen Kreise unbillig behindert, wenn die Einstandsprämie in ihrer Höhe erst nach dem Ende des ersten Lieferjahres festgesetzt und nach der Höhe des Umsatzes bemessen wird, den der Anbieter über das große Einzelhandelsunternehmen gemacht hat?
- e) Soll bei der Frage der unbilligen Behinderung unterschieden werden, je nachdem wie hoch die Einstandsprämie ist? Halten die maßgeblichen Kreise die Einstandsprämie für angemessen, wenn sie von dem Gewinn des Unternehmers, also z. B. der Brauerei, ausmacht
- fast den gesamten Gewinn
 - die Hälfte des Gewinns
 - den hundertsten Teil des Gewinns?
- Ist es dabei von Bedeutung, daß
- die Brauerei mit den Gewinnen auch wieder neue Anlagen schaffen muß
 - die Einstandsprämie möglicherweise den Kunden des Einzelhandelsunternehmens, dem Verbraucher, zugute kommt?
- f) Wesentliche Aufschlüsse zur Verhaltensbewertung können auch gewonnen werden, wenn — noch nicht vollständig „übersetzt“ — repräsentativ befragt wird: Nehmen Sie an: Eine Brauerei weiß, daß sie wegen der Einstandsprämie und der anderen Lieferungsbedingungen Verluste machen wird. Der Verkaufsdirektor sagt

sich jedoch, daß sein Umsatz insgesamt zurückgehen wird, wenn er in dieser Handelskette nicht vertreten ist. Er nimmt an, und er hat dafür konkrete Hinweise, daß viele Verbraucher unterstellten, die Handelskette verkaufe sein Bier deshalb nicht, weil es nicht gut genug oder zu teuer sei. Finden Sie in diesem Fall, daß das Einzelhandelsunternehmen die Brauerei unbillig behindert?

- ⁷¹ Vgl. Baumbach-Hefermehl a. a. O., RdNr. 7 zu § 9.
- ⁷² Vgl. auch schon oben Nr. 21. 2 Buchst. b und bei Fußn. 47.
- ⁷³ Aktenzeichen: 1 ZR 84/76.
- ⁷⁴ Zu Einzelheiten vgl. Schweizer/Heldrich a. a. O., Fußn. 47. Im Mittelpunkt der Empirischen Handelsrechtsforschung steht natürlich der oben 21. 2 Buchst. b bereits zitierte § 346 HGB.
- ⁷⁵ So z. B. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 35. Aufl., Anm. 3 zu § 824.
- ⁷⁶ Palandt a. a. O., Anm. 2 a zu § 130.
- ⁷⁷ Palandt a. a. O., Anm. 1 zu § 372.
- ⁷⁸ Palandt a. a. O., Anm. 2 b zu § 419.
- ⁷⁹ Palandt a. a. O., Anm. 3 zu § 459.
- ⁸⁰ Landgericht Düsseldorf vom 8. 3. 1955, NJW 1955, S. 1031.
- ⁸¹ NJW 1952, S. 1010 f.
- ⁸² Vgl. zu diesem Begriff bspw. oben 22. 5, 32, 32. 12.
- ⁸³ Aus dem Schrifttum: Larenz, Tatzurechnung und Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, in NJW 1955, S. 1009 ff., argumentiert ebenso mit Kriterien, die für den Einzelfall durch Empirische Rechtsforschung konkretisiert werden müssen: „Das Urteil (das angenommen hat, der auffahrende Fahrer müsse auch den Grünstreifen-Schaden ersetzen) wirkt, wie ich feststellen konnte, auf jeden, der es hört, zunächst verblüffend. Wie kann man denn, so wird gesagt, den Fahrer für etwas verantwortlich machen, was, ohne daß er selbst daran beteiligt war oder es auch nur hätte hindern können, andere aus eigenem Entschluß und Antrieb getan haben? ... Das Ergebnis (wenn man entgegen dem Landgericht Düsseldorf keine Haftung für den Grünstreifen-Schaden annimmt) entspricht, meine ich, dem Rechtsgefühl.“ Auch das weitere Schrifttum stellt auf Kriterien ab, zu denen der Tatbestand mit größerer Verbindlichkeit durch EmpRF ermittelt werden kann. Lindenmaier, Adäquate Ursache und nächste Ursache, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 113, 207 ff. stellt bspw. darauf ab, ob dem Handelnden noch zugemutet werden kann, für die Tatfolgen einzustehen.
- ⁸⁴ Palandt a. a. O. Vorbem. 8 vor § 249.
- ⁸⁵ Opp a. a. O. (Fußn. 15), S. 52.
- ⁸⁶ Amtliche Sammlung Band 29 S. 276. Nach dieser Entscheidung richtet sich übrigens noch heute — eine der wichtigsten Fragen des Handelsbilanz- und Steuerrechts — im wesentlichen die Buchung von Vorauszahlungen sowie generell die Buchung und damit Versteuerung noch nicht realisierter Gewinne.
- ⁸⁷ Handelsblatt vom 12. 4. 1976.
- ⁸⁸ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Heidelberg-New York 1975.