Schweizer · Quitt

Rechtstatsachen-ermittlung durch Befragen

Band I: Die Definitionsphase

Verlag Dr. Otto Schmidt KG · Köln

Rechtstatsachenermittlung durch Befragen

Band I: Die Definitionsphase

von

Dr. Robert Schweizer
Rechtsanwalt in München, Lehrbeauftragter
an der Ludwig-Maximilians-Universität, München

Helmut Quitt
Leiter des Bereichs Empirische Rechtsforschung
bei INFRATEST, München

Verlag Dr. Otto Schmidt KG · Köln

Sonderdruck aus Chiotellis/Fikentscher,

Rechtstatsachenforschung
Methodische Probleme und Beispiele
aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht

gedruckt mit Unterstützung
der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Schweizer, Robert:
Rechtstatsachenermittlung durch Befragen / von Robert Schweizer; Helmut Quitt. – Sonderdr. – Köln: O. Schmidt.
Aus: Rechtstatsachenforschung

NE: Quitt, Helmut:

Bd. 1. Die Definitionsphase. – 1985.
ISBN 3-504-06752-7

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 by Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) zu vervielfältigen.

Gesamtherstellung: Bercker, Graphischer Betrieb GmbH, Kevelaer

Printed in Germany

Schweizer · Quitt
Rechtstatsachenermittlung durch Befragen

Zur Einführung

Dieses Buch wendet sich an alle, die auf juristischem Gebiet nach den Kenntnissen und Fähigkeiten der Einstellung, dem Verhalten und nach sonstigen Verhältnissen Dritter fragen müssen. Genau formuliert, betrifft es sogar alle, die auch nur erwägen, diese Verhältnisse zu berücksichtigen. Demnach müßte jeder Jurist, müßten viele Betriebs- und Volkswirte sowie die zur Sachverhaltsermittlung aufgerufenen Markt- und Sozialforscher von ihm profitieren. Abhandlungen wie *Brückner*, Zur Objektivität des medizinischen Sachverständigengutachtens (Festgabe Grüner), zeigen, daß selbst jemand wie der medizinische Sachverständige die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen kennen müßte. Die Verfasser gehen aber davon aus, daß sich zunächst vorwiegend nur die mit dem **Wettbewerbsrecht** Befaßten interessieren werden.

Wünschenswert wäre, daß sich **Studenten** schon möglichst frühzeitig mit der Problematik befassen. Wer verstehen lernt, daß einerseits die Rechtsordnung die Einstellung und das Verhalten Dritter berücksichtigen muß, und daß andererseits der Einzelne diese nur unzulänglich beurteilen kann, gewinnt eine neue Sicht. Der Student wird so entdecken, daß häufig das angeblich Feststehende bestenfalls nichts anderes ist als die Spekulation Einzelner darüber, wie andere denken oder handeln.

Das Buch stellt auf die Befragung mit dem weitesten Problemkreis ab: auf die **repräsentative Rechtstatsachenermittlung** durch Befragen repräsentativer Stichproben. Für andere Befragungen kann grundsätzlich auf diese Ausführungen im Sinne eines Größeren zum Kleineren zurückgegriffen werden; z. B. für die Zeugenvernehmung auf die Ausführungen zur Befragungstechnik. Da die Rechtstatsachenermittlung durch Befragen nicht mehr, aber auch nicht weniger als einen herausragenden Teil der Tatsachenermittlung schlechthin bildet, müßte die Arbeit auch die Grundlagen einer umfassenden Lehre der Tatsachenermittlung skizzieren.

Zum **Bedürfnis** für ein solches Buch:

Täglich werden schon Rechtstatsachen auch repräsentativ durch Befragen ermittelt; vor allem fortlaufend für das Wettbewerbs- und das Warenzeichenrecht, zum Beispiel zur Frage der Irreführung einer Werbung („Es gibt kein besseres Bier", „Lübeker Marzipan") und zur Verwechslung von Ausstattungen. Die Kommentare und Lehrbücher zu den Verfahrensordnungen gehen auf diese Rechtstatsachenermittlung jedoch nur kurz ein. In der in der Praxis führenden Verfahrensliteratur kommentiert noch am eingehendsten *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 43. Aufl., Übers. § 402 Anm. 1 B, § 355 Anm. 1 A, § 286 Anm. 3 G. *Zöller-Stephan*, 14. Aufl., faßt sich schon kürzer (§ 286 Anm. 11, § 402 Anm. 6). Die Literatur zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht berücksichtigt zwar die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen etwas eingehender, aber doch nur punktuell. So wird bspw. einerseits zur Irreführung verhältnismäßig eingehend abgehandelt, daß unter bestimmten Voraussetzungen das Gericht eine Umfrage durchführen lassen muß, und andererseits im selben Kommentar zur Verwechslung dagegen die Ansicht vertreten, Meinungsumfragen hätten wenig Wert, da die Verwechslungsgefahr ein

Rechtsbegriff sei. Beide Gesetzesmerkmale sind aber in gleicher Weise Rechts- oder Tatsachenbegriffe, zumal jeder Verwechslung ein Irrtum zugrundeliegt.

Für eine neue Disziplin ist eine solche Situation aber verständlich und typisch.

Dieses Buch versucht, die Grundlagen für ein System, also für ein einheitlich geordnetes Ganzes, zu schaffen.

Zunächst war vorgesehen, sämtliche Teile der Rechtstatsachenermittlung durch Befragen für ein von Professor Dr. *Fikentscher* und Dr. *Chiotellis* durchgeführtes Forschungsprojekt zur Rechtstatsachenforschung abzuhandeln. Eine solche Abhandlung wäre für dieses Projekt jedoch zu umfangreich ausgefallen. Es wurde deshalb beschlossen: Das von Chiotellis/Fikentscher herausgegebene Buch „Rechtstatsachenforschung – Methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht" wird mit einer Abhandlung von Schweizer zur **Definition des Rechtsproblems** eingeleitet. Daneben erscheint gesondert und vollständig im selben Verlag die Rechtstatsachenermittlung durch Befragen; in zwei Bänden. Der schmale **Band I** besteht aus einem Sonderdruck der von Schweizer für das Chiotellis/Fikentscher-Buch verfaßten Abhandlung (Band I führt deshalb schon beide Verf. auf, weil beide Bände eine Einheit bilden). **Band II** wird die weiteren Arbeitsschritte, also die **Durchführung, Analyse und Darstellung,** abhandeln. Dieser Band II liegt in einem ersten Entwurf bereits vor und kann voraussichtlich im Sommer 1986 erscheinen. Verfaßt wird Band II von beiden Autoren gemeinsam. Soweit im Rahmen der in Band I abzuhandelnden Themen Fragen Bedeutung gewinnen, die unmittelbar zu Band II gehören, wurden sie in Band I generell mit abgehandelt. Im einzelnen werden diese Themen erst in Band II aufgegriffen. Dies gilt z. B. für die befragungstechnischen Darstellungen (S. 46 ff.), die Repräsentativität der IHK-Umfragen (S. 19 f.), für die Genauigkeit der Umfrageergebnisse (S. 55 ff.) und die Analyse des ermittelten Sachverhalts (S. 65 f.). Band II führt auch in die Grundlagen der **empirischen Markt- und Sozialforschung** ein: Wer ist zu befragen (Stichprobe), wie ist zu befragen (Frageformulierung), was besagen die Ergebnisse (demoskopische und juristische Analyse)? Dabei wird auf Fallbeispiele zurückgegriffen, um zu demonstrieren, wie rechtsrelevante Resultate zu gewinnen und Fehler zu vermeiden sind.

Da das Gebiet der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung vielen insgesamt noch verhältnismäßig neu ist, listen wir – zu beiden Bänden – nachfolgend einige Fragen mit Fundstellen für die Antworten auf. Diese Fragen reichen nach unserer Erfahrung aus, um einen **Einblick in den Themenbereich** zu vermitteln.

1. In welchen Fällen bedarf es zur bestmöglichen Sachverhaltsfeststellung einer repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen? Insbesondere: Wer kann den rechtserheblichen Sachverhalt ermitteln zur Verkehrsauffassung, zum Handelsbrauch, zur Irreführung einer Werbehauptung, zur Verwechslung von Warenzeichen und Ausstattungen, zur Verkehrsgeltung, zu der im Kartellrecht maßgeblichen Ansicht des Bedarfsträgers, zur Blickfang- und Lockvogelwirkung, zur Vertragsauslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, zur adressaten-adäquaten Formulierung von Gesetzen, Erlassen und Anordnungen, zur Prognose und Nachkontrolle? Vgl. dazu Band I, S. 18–21 sowie – dies gilt auch für alle nachfolgenden Fragen – das Sachregister der beiden Bände.
2. Welche Fragen hat der Jurist auf jeden Fall ohne Hinzuziehung eines Sachverhaltsermittlers zu entscheiden? Insbesondere: Wer legt – nach welchen Grundsät-

zen – fest, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist? Wie wird sichergestellt, daß die richterliche Entscheidungskompetenz ungefährdet bleibt? Vgl. Band I, S. 59–68.

3. Wann muß die Rechtstatsachenermittlung repräsentativ erfolgen? Vgl. Band I, S. 19; Band II, Durchführungsphase.
4. Sind die Umfragen der Industrie- und Handelskammern repräsentativ? Vgl. Band I, S. 19 f. und Band II. In Band II sollen auch die Bemühungen der Industrie- und Handelskammern zur Verbesserung der Umfragen gewürdigt und dabei die zur Repräsentanz interessierenden Einzelfragen beantwortet werden, wie: Empfiehlt es sich, an Stelle der von den Industrie- und Handelskammern teilweise angestrebten Vollerhebungen repräsentative Teilerhebungen durchzuführen? Stellen solche Vollerhebungen in Wirklichkeit nur unvollkommene repräsentative Ermittlungen dar, und zwar vor allem im Hinblick auf die in den Unternehmen antwortenden Personen („Zielpersonen") und die fehlende Rücklaufkontrolle (Ausschließungsquote)?
5. Warum empfiehlt es sich, den Sachverhalt durch Befragen zu ermitteln? Vgl. Band I, S. 19.
6. Welche Einwände bestehen gegen die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen? Insbesondere: Welchen Einfluß haben der finanzielle Aufwand und die Genauigkeit oder Ungenauigkeit der Befragungsergebnisse? Vgl. Band I, S. 54–58, 60.
7. Muß die grundsätzliche Notwendigkeit einer repräsentativen Rechtstatsachenermittlung selbst dann für den Einzelfall erkannt werden, wenn in diesem Einzelfall aufgrund besonderer Umstände, z. B. wegen des finanziellen Aufwandes, nicht repräsentativ ermittelt wird? Vgl. Band I, S. 18–21.
8. Welche Möglichkeiten eröffnet die repräsentative Rechtstatsachenermittlung, z. B. für den Gesetzgeber? Vgl. Band I, S. 24–32.
9. Welche zusätzlichen Anforderungen stellt die repräsentative Rechtstatsachenermittlung an die Rechtsauslegung und an die Rechtswürdigung? Vgl. Band I, S. 51–53, Band II, bei den einzelnen befragungstechnischen Besonderheiten und bei den Ausführungen zur Analysephase.
10. Ist der Eindruck auf den flüchtig oder auf den überlegt wahrnehmenden Adressaten zu ermitteln? Vgl. Band I, S. 52, 69 ff.
11. Wie muß ein Beweisbeschluß im Hinblick darauf formuliert werden, daß er die Basis für eine Umfrage bildet? Vgl. Band I, S. 68–76.
12. Welche Fehler unterlaufen in der Zusammenarbeit zwischen Jurist und Sachverhaltsermittler? Vgl. Band I, S. 68 und Sachregister Stichworte Vorfrage und Rückfrage.
13. Welche befragungstechnischen Fehler können unterlaufen? Vgl. Band II und (einige Beispiele im Rahmen anderer Themen) Band I, S. 45–48.
14. Welche Besonderheiten bestehen für die Formulierung des Fragebogens zu bestimmten Teilgebieten, z. B. Irreführung, Verwechslung, Verkehrsgeltung, relevanter Markt, Handelsbrauch, Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, Sittenwidrigkeit? Vgl. Band II, Befragungstechnik.

15. Wie viele Personen müssen befragt und nach welchen Grundsätzen müssen die Befragten ausgewählt werden? Band II sowie Band I, S. 68, 76.
16. Wann ist eine mündliche, wann eine schriftliche Befragung vorzuziehen? Vgl. Band II, Befragungstechnik.
17. Wann ist eine Mehrthemenumfrage geeignet (die sich – zunächst – an eine Gesamtbevölkerungsstichprobe wendet)? Vgl. Band II, Befragungstechnik.
18. Bedarf es einer „offenen" oder einer „geschlossenen" Frage? Vgl. Band II, Befragungstechnik.
19. Wann und wie muß eine Ausstattung zur Ermittlung des Eindrucks auf den flüchtigen Betrachter neutralisiert werden? Vgl. Band II und (im Rahmen anderer Themen) Band I, Sachregister Stichwort Flüchtiger Adressat.
20. Liegt ein Handelsbrauch vor, wenn 50% der beteiligten Verkehrskreise in einem bestimmten Sinne handeln? Vgl. Band II, Analysephase und Band I (im Rahmen anderer Themen), Fußnoten S. 65, 66.
21. Wieviel Prozent der Befragten müssen in welchem Sinne geantwortet haben, um eine Irreführung z. B. für §§ 3, 16 UWG, eine Verkehrsgeltung und Verwechslungsgefahr z. B. nach §§ 25, 31 WZG bejahen zu können? Vgl. Band II, Analyse und Band I (im Rahmen anderer Themen), Sachregister Stichworte Irreführung, Verkehrsgeltung und Verwechslung.
22. Wie sind die Restkategorie-Antworten (wie „weiß nicht", „keine Meinung", „interessiert mich nicht") zu bewerten? Wann muß diese Restkategorie ausdrücklich in der Frage als Antwortmöglichkeit vorgegeben werden, wann nicht? Vgl. Band II und (im Rahmen anderer Themen) Band I, S. 74.
23. Wie müssen die Sachverhaltsermittler-Berichte verfaßt sein? Vgl. Band II, Darstellungsphase.
24. Wie sollten Gerichtsurteile abgefaßt sein, die Umfragen berücksichtigen? Vgl. Band II, Disseminations- oder Darstellungsphase und (im Rahmen anderer Themen) Band I, S. 42–51.

Zur **Berücksichtigung des Schuldrechts**: Das Schuldrecht wird aus zwei Gründen stärker als andere Rechtsgebiete neben dem Wettbewerbsrecht berücksichtigt. Das erwähnte Forschungsprojekt legte das Schwergewicht auf das Schuldrecht. Noch gewichtiger ist, daß das Schuldrecht ein wichtiges, wenn nicht das wichtigste Beispiel dafür bildet, wie oft unbekannt bleibt, daß vom Grundsatz her repräsentativ ermittelt werden müßte, und daß dadurch ein – zunächst unerklärlicher – Wirrwarr in der Rechtsprechung entsteht.

Zur Vollständigkeit, insbesondere zur Verwertung von Rechtsprechung und Schrifttum sowie zur Abhandlung von Details: Wir bemühen uns, Rechtsprechung und Literatur ebenso wie jedes für die Praxis interessante Detail so weitgehend wie möglich zu berücksichtigen und jeweils Stellung zu nehmen. Andererseits wird versucht, sie nicht zu Ballast werden zu lassen. Das bedeutet bei einer noch unsystematisierten Disziplin, wie der Rechtstatsachenermittlung durch Befragen: Aufzuführen sind die Eckpfeiler sowie verhältnismäßig viele Musterbeispiele. Dementsprechend erwähnen wir bspw. nur die meisten, aber nicht alle verfahrensrechtlichen Einzelheiten. Im gleichen Sinne stellen wir nicht immer dar, wo was, mehr oder weniger zufällig, u. E. richtig oder falsch, in der Praxis und in der Lehre getan oder nicht getan worden ist.

Eine andere Darstellungsweise würde auch auf dem Gebiet der Rechtstatsachenermittlung durch Befragen ins Uferlose führen. So wurden einerseits bereits bis hin zur Verwirkung arbeitsrechtlicher, aus dem Soldatenversorgungsgesetz abgeleiteter Ansprüche Studien zur Vorlage bei Gericht durchgeführt, ohne daß solche Studien über den Einzelfall hinaus interessieren müßten. Andererseits wurden wichtige Umfragen von Gerichten mit Begründungen übergangen, die diese Gerichte bei Kenntnis der Grundlagen nicht geäußert hätten. So hat z. B. das Amtsgericht München in einem Urteil vom 28. 2. 1985 (Az. 4 C 22 875/84) die auf Seite 67 des ersten Bandes erwähnte Studie des Dt. Industrie- und Handelstages vom 27. 8.1974 beiseite geschoben; und zwar nur mit der Begründung, für das im konkreten Fall interessierende Dienstleistungsgewerbe habe die Umfrage die niedrigsten Prozentsätze ermittelt. Nach dieser Umfrage nehmen für diesen Bereich jedoch immerhin noch 71% der Anbieter und sogar 83% der Angebotsempfänger an, die MWSt. sei selbst dann **nicht** im Preis enthalten, wenn sie nicht gesondert ausgewiesen wird. „Niedrigster Prozentsatz" im Vergleich zu anderen Bereichen gut und schön, 71% bzw. 83% sind für Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157, 242 BGB, § 346 HGB) in etwa aber doch das, was ein 4:0 in einem Fußballspiel bedeutet. Mit anderen Worten: Zur Zeit darf es nur um die Grundlagen und die Musterbeispiele gehen. Diese versuchen wir so darzustellen, daß nach ihnen auch jeder Einzelfall bewältigt werden kann. Unter anderem deshalb gehen wir zu Beginn des ersten Bandes noch ausführlicher auf den Stand der Rechtstatsachenermittlung durch Befragen und die sich daraus für die Darstellung ergebenden Konsequenzen ein. Außerdem werden wir vorsorglich mit Band II ein ausführliches, kritisch gesichtetes Verzeichnis zu Rechtsprechung, Schrifttum und Einzelfragen vorlegen.

Die **Abhandlung des Verfahrensrechts:** Bd. I setzt sich unmittelbar mit der Definition des materiellrechtlichen Problems auseinander, also z. B. mit der Rechtsauslegung der §§ 3 UWG, 25, 31 WZG. Das Verfahrensrecht wurde dennoch in Bd. I bereits teilweise herangezogen. Zum einen konnten wir mit ihm die Situation besser kennzeichnen und veranschaulichen. Zum anderen und vor allem mußte die verfahrensrechtliche Rechtsprechung und Literatur schon in Bd. I insofern berücksichtigt werden, als Rechtsprechung und Literatur noch nicht systematisch das Verfahrensrecht und die (materiellrechtliche) Definition des Problems auseinanderhalten. Viele vermeintlich verfahrensrechtliche Fragen stellen sich – zumindest auch – für die Definition des Problems. Die systematische Abhandlung des Verfahrensrechts folgt in Bd. II. Verfahrensrechtlich steht übrigens zur Zeit die ZPO im Vordergrund und hier wiederum

- die §§ 284, 286 (z. B. zur Pflicht der Ausschöpfung der Beweismittel, *Thomas-Putzo*, 13. Aufl., Anm. 2 und 3 zu § 284, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, a.a.O., Anm. 3c zu § 286),
- § 291 (offenkundige Tatsachen),
- die §§ 402 ff. (weil es sich bei der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen um einen Sachverständigenbeweis handelt, vgl. die bereits auf S. 1 erwähnten Kommentierungen von *Hartmann* und *Stephan*; zu der nach h. M. zulässigen Beauftragung eines Instituts und nicht unbedingt einer bestimmten, natürlichen Person vgl. außer *Stephan* und *Hartmann*, a.a.O., *Thomas-Putzo*, a.a.O., Anm. 2 zu § 404 – auch mit Hinweisen zum Umfang der Offenlegungspflichten der befragenden Stelle),

- § 355 (kein Verstoß gegen die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme; vgl. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, a.a.O., Anm. 1 A zu § 355; keine Anfechtung des Beschlusses über die Form der Beweiserhebung),
- § 359 (Inhalt des Beweisbeschlusses),
- § 144 (Anordnung einer Begutachtung durch Sachverständige von Amts wegen),
- §§ 308 II, 91 ff. (Kosten, unter Umständen auch Kosten für vor Beginn eines Rechtsstreits durchgeführte Umfragen; vgl. Bd. I, S. 24),
- § 294 (Glaubhaftmachung – z. B. der Verkehrsauffassung – im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung; vgl. Bd. I, S. 24),
- § 528 (Einholung eines Gutachtens in der Berufungsinstanz, u. U. von Amts wegen, vgl. *Zöller-Schneider*, a.a.O., § 528 Anm. 37; auch Bd. I, S. 23),
- § 549 (Verkehrssitte, Handelsbräuche, typische Geschehensabläufe als „sonstige Vorschrift", vgl. *Zöller-Stephan*, a.a.O., § 286 Anm. 11),
- § 550 (u. a. neu zu diskutieren die Frage der Einordnung der Definition des Problems beim Begriff „Rechtsnorm", und zwar als eine Konsequenz der Unterscheidung zwischen dem Verfahrensrecht einerseits und der Definition des materiellen Rechtsproblems andererseits, vgl. sofort anschließend).

Künftig muß stärker zwischen der Definition des materiellrechtlichen Problems und dem Verfahrensrecht unterschieden werden. Das Verfahrensrecht soll nach allgemeiner Meinung grundsätzlich nur das materielle Recht verwirklichen. Für die nächste Zeit bildet das wichtigste Beispiel für die Notwendigkeit einer Trennung die Klärung der gegen die repräsentative Rechtstatsachenermittlung erhobenen Einwände. Unter diesen Einwänden wiederum interessiert die Gegenargumentation mit dem finanziellen Aufwand am meisten. Im einzelnen:

Auf den ersten Blick müßte der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 8. 11. 78 (NJW 1979, 413 f.) bewirken, daß der finanzielle Aufwand niemals eine Umfrage verhindern darf. Dieser Beschluß bejaht nämlich einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes selbst dann, „wenn das Gericht einen als erheblich angesehenen Beweisantrag ablehnt, weil die Erhebung des Beweises ‚höchst unökonomisch' sei". Ließe man außer acht, daß dieser Beschluß das Verfahrensrecht betrifft, also nicht die (materielle) Definition des Problems, müßte eine Flut von Umfragen über die Rechtsprechung hereinbrechen, vgl. Bd. I, S. 18 f., 33–41.

Auf den zweiten Blick stellt sich jedoch vorab die Frage nach dem Inhalt des materiellen Rechts. Der Beschluß des BVerfG gewinnt erst Bedeutung, wenn nach der Definition der Rechtsnorm, z. B. nach der Auslegung des § 459 BGB oder des § 3 UWG, repräsentativ auf die Einstellung oder das Verhalten Dritter abgestellt werden muß. Bei der Definition des Problems ist jedoch mit den juristischen Methoden auch die Bedeutung des finanziellen Aufwands zu ermitteln, vgl. Bd. I, S. 54 f. Soweit nach der Definition des Rechtsproblems der finanzielle Aufwand die Durchführung einer Umfrage verbietet, fehlt es dann eben an einem vom BVerfG ausdrücklich vorausgesetzten „als erheblich angesehenen Beweisantrag".

Bis jetzt haben sich Rechtsprechung und Schrifttum solche Einordnungsfragen noch nicht gestellt. Es zeigt sich, wie so oft bei der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen, daß Systematisierungsversuche nahezu von selbst neue Perspek-

tiven erschließen; Perspektiven, die grundsätzlich genauso für jede andere Art der Rechtstatsachenermittlung nützlich sind.

Zur **voraussichtlichen Entwicklung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen**: Die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen hat sich in den letzten zwanzig Jahren stärker durchgesetzt, als – auch von den Verfassern – erwartet wurde. Es ist anzunehmen, daß in spätestens zehn Jahren Lehre und Praxis für alle Rechtsgebiete die grundsätzliche Notwendigkeit repräsentativer Rechtstatsachenermittlung durch Befragen allgemein kennen und anerkennen, und daß dieses Instrument noch erheblich stärker genutzt werden wird. Die repräsentative Rechtstatsachenermittlung für das Wettbewerbsrecht wird dabei auf unabsehbare Zeit führend bleiben.

Zu danken haben die Verfasser so vielen, daß leider hier gar nicht alle aufgeführt werden können. Ohne die Professoren Dr. Dr. h.c. *Murad Ferid* und Dr. *Andreas Heldrich* hätten die seit 1978 an der Ludwig-Maximilians-Universität, München, eingeführten Vorlesungen und Seminare zur Rechtstatsachenermittlung – auf denen dieses Buch aufbaut – nicht stattgefunden. Wichtige Hinweise gaben Frau *Marie-Louise Heldrich †*, von ihr stammen die ersten Arbeiten zum Gesetzgebungsteil, Frau Professor *Noelle-Neumann*, sowie die Herren Dr. *Emil Bruckert, Hans-Jürgen Ohde, Wolfgang Schaefer* und *Werner Eggensberger*. Herrn Professor Dr. *Fikentscher* und Herrn Dr. *Chiotellis* danken die Verfasser sowohl für die Betreuung der Arbeit im Rahmen des Forschungsprojekts als auch für die Zustimmung zur Verwertung des Sonderdrucks. Dank gebührt insbesondere auch vielen Studenten, die in den Vorlesungen und Seminaren begeistert und gekonnt mitgewirkt haben. Herr Dr. *H. M. Schmidt* und Frau Dr. *Knauth* vom Verlag haben uns bestmöglich unterstützt.

München, im Mai 1985 — Die Verfasser

Erster Teil

Zur Methodik der Tatsachenforschung im Recht

Repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen

– Die Definition des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife –

Robert Schweizer

Inhaltsverzeichnis

I. Abschnitt: Sinn und Zweck der Arbeit, gleichzeitig: Stand der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen

1 Negativ
1.1 Fehlendes Problembewußtsein
1.2 Keine systematische Darstellung der Arbeitsschritte und ihrer Beziehungen zueinander
1.3 Keine systematische Darstellung der Befragungstechnik

2 Positiv
a) Urteil des BGH vom 29. 4. 82 (Elsässer Nudeln): Aufhebung und Zurückverweisung wegen Verneinung einer Irreführungsgefahr ohne Einholung eines Umfragegutachtens
b) Urteil des BGH vom 27. 1. 82 (POINT): Aufhebung und Zurückverweisung wegen ungerechtfertigter Bejahung eigener Sachkunde durch das Berufungsgericht und wegen Fehlens einer Meinungsumfrage
c) Urteil des BGH vom 10. 2. 82 (Möbel-Haus): Umfrage selbst dann erforderlich, wenn das Gericht Irreführungsgefahr bejaht und zu dem angesprochenen Verkehrskreis gehört, die Bejahung der Irreführungsgefahr jedoch aufgrund irgendwelcher Umstände bedenklich erscheint

II. Abschnitt: Definitionsphase

A. Problemwahl, insbes. Problementdeckung

1. Kapitel: Einführung
a) Die Bedeutung der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht
b) Die jüngste Rechtsprechung: Elsässer Nudeln, Point, Möbel-Haus
c) Der Rechtsprechungs-Wirrwarr im Schuldrecht
d) BGH: Gutachten eines Meinungsforschungsinstituts zum Verständnis der beteiligten Verkehrskreise heranzuziehen
e) BGH: Gutachten eines anerkannten Meinungsforschungsinstituts zur Verkehrsgeltung und zur Verwechslungsgefahr einzuholen
f) BGH: In Berufungsinstanz neues, zweites Gutachten zur Verkehrsgeltung einzuholen
g) OLG Köln: Gutachten der Marktforschungsinstitute als Beweismittel zum Bekanntheitsgrad, zur Verwechslungsgefahr und zur Verkehrsauffassung allgemein anerkannt; Abgrenzung zu den Gutachten der Industrie- und Handelskammern
h) Kosten für vor Beginn eines Rechtsstreits eingeholte Gutachten als notwendige Kosten i. S. der §§ 91 ff. ZPO
i) LG München I: Parteigutachten u. U. gegen die eigenen Wertvorstellungen des Gerichts zu berücksichtigen

2. Kapitel: Musterbeispiele zur Problementdeckung auf dem Gebiet der Gesetzgebung

1 Grundsatz
2 Die Sprache des Gesetzes
a) Abweichungen vom allgemeinen Sprachgebrauch und von der Fachsprache
b) „Versteckspiel"
c) Für den Gesetzesadressaten zu lange und zu komplizierte Sätze
3 Die adressaten-adäquate Systematik des Gesetzes
a) Die vom BDSG getroffene Wahl zum Aufbau des Gesetzes
b) Die Stellung der Grundsatzbestimmung § 3 BDSG
4 Unbestimmte Rechtsbegriffe
5 Feststellung und Abwägung der Interessen und Bedürfnisse
6 Die Prognose und die Vermeidung unerwünschter Nebenwirkungen
7 Nachkontrolle

3. Kapitel: Die Problementdeckung in der Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Schuldrechts

1 Warum die Problementdeckung ein Problem ist
2 Grenzen, insbesondere: Berücksichtigung des Aufwands repräsentativer Rechtstatsachenermittlung
3 Beispiele (zur Rechtserheblichkeit der Einstellung und des Verhaltens Dritter und damit zur Problementdeckung)
3.1 Auslegung eines Mietvertrages nach §§ 133, 157, 242 BGB
3.2 Die Berücksichtigung der Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise nach § 242 BGB
3.3 Generell, unabhängig von § 242 BGB: Einbeziehung der Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise
3.4 § 276 BGB
3.5 Fehler i. S. des § 459 BGB
3.6 „Kostbarkeiten", § 372 BGB
3.7 § 824 BGB
3.8 § 826 BGB
3.9 § 847 BGB
3.10 Tatzurechnung
3.11 Beweis des ersten Anscheins im Schadensersatzrecht
3.12 Geschäftsbedingungen
3.13 Rechtsmethodik

B. Analyse von Rechtsprechung und Literatur

1. Kapitel: Einführung

1 Stellung im Forschungsprozeß
2 Sinn und Zweck der Analyse von Rechtsprechung und Literatur
3 Spezielle Fehlerquellen bei der Analyse von Rechtsprechung und Literatur in der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung
3.1 Auffindbarkeit von Rechtsprechung und Literatur
3.2 Aufbereitung von Rechtsprechung und Literatur
3.3 Geheimwissenschaft – Mangelhafte Veröffentlichung von Rechtsprechung und Literatur mit der Konsequenz fehlerhafter Analysen

2. Kapitel: Dokumentation der Schwierigkeiten bei der Analyse von Rechtsprechung und Literatur; dargestellt an Hand der noch unbekannten Mängel des Urteils des OLG Hamburg vom 11. 8. 1977 zu dem negativen Komparativ

1 Analyse des Urteils des OLG Hamburg vom 11. 8. 1977 durch das OLG Hamm im Urteil vom 1. 2. 1979
2 Die Wiedergabe der Studie im Urteil des OLG Hamburg
3 Die aus dem Urteil des OLG Hamburg nicht ersichtlichen Fehler zur Verwertung der Studie
3.1 Die (geschlossene) Frage 3
3.2 Die (offene) Frage 2
4 Zusätzliches Hindernis bei der Entdekkung solcher Mängel: Auskunftsverweigerung durch die Gerichte

C. Operationalisierung in der Definitionsphase

1. Kapitel: Fehler aufgrund von Mißverständnissen zum Begriff Operationalisierung und einer falschen Würdigung der gegen die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen erhobenen sachlichen Einwände

2. Kapitel: Zuständigkeitsüberschreitungen durch Einordnung der Problematik in die Durchführungsphase statt in die Definitionsphase; einschließlich: Das Scheinpro-

blem der Gefährdung juristischer Entscheidungskompetenzen
1 Einführung
2 Beispiele
2.1 § 242 BGB
2.2 Sittenwidrigkeit, Gerechtigkeitsgefühl
2.3 Ermittlung des Handelsbrauchs nach § 346 HGB
2.4 Weitere Gebiete, u. a.: Überschreitung der Sachverständigen-Kompetenzen in der Gesetzgebung
2.5 „Die beteiligten Verkehrskreise"

3. Kapitel: Vertiefung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife, insbesondere: Die bestmögliche Formulierung von Beweisbeschlüssen
1 Grundsätze
2 Beispiele
2.1 Ein Beweisbeschluß zu § 3 UWG mit Fehlern u. a. nach § 4 (Bezugsrahmen), § 10 (Mehrdeutige Ausdrücke), § 20 (Schwierige grammatikalische Konstruktion), § 16 (Zu lange Sätze), § 17 (Mehrere Themen in einem Satz)
2.2 Ein weiterer Beweisbeschluß zur Frage der Irreführungsgefahr im Bereich „Herkunfts- oder Sortenbezeichnung"
2.3 Beweisbeschluß zur fraglichen Irreführungsgefahr eines Werbeslogans, einschließlich Ermittlung der beteiligten Verkehrskreise

I. Abschnitt: Sinn und Zweck der Arbeit, gleichzeitig: Stand der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen

Diese Arbeit versucht, praxisorientiert die zur Zeit wichtigsten Grundlagen als Basis einer Entwicklung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung[1] durch Befragen[2] darzustellen; sie beschränkt sich dabei auf die Definition des Rechtsproblems[3]. Soweit zur Definition die anderen Phasen Bedeutung gewinnen, werden diese aber mit abgehandelt[3a].

Bezeichnend für den Stand der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung ist[4]:

1 Rechtstatsache in dem hier verstandenen Sinne ist jeder das Recht betreffende Sachverhalt, also z. B. auch das Einkaufsverhalten einer Hausfrau, wenn die Verwechslungsgefahr zu ermitteln ist.

2 Repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen bedeutet: Erhebung von Sachverhalt auf dem Gebiet des Rechts durch Interviews in der Weise, daß von einer Teilmenge auf die gesamte Einheit rückgeschlossen werden kann. Zu den Grundlagen, vgl. II Abschnitt A.: Problemwahl, insbesondere Problementdeckung.

3 Der Verfasser unterscheidet in Anlehnung an *v. Alemann*, Der Forschungsprozeß, Stuttgart 1977, diese vier Teile: Definition, Durchführung, Analyse, Darstellung. Der erste Entwurf dieser Arbeit umfaßte – mit dreifachem Umfang – alle vier Forschungsphasen. Verschiedene Gründe, insbesondere Zeit- und Platzgründe, haben diese Einschränkung verlangt.

3a Das gilt insbesondere für die Abgrenzung der Definitions- zur Analysephase. Vgl. zu dieser Abgrenzung das letzte Kapitel dieser Arbeit (Vertiefung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife). Innerhalb dieses Themas müssen auch bereits die Grundsätze zur Lösung der in der Analysephase auftretenden Probleme beschrieben werden. Die Darstellungsphase wird verhältnismäßig eingehend im Teil Analyse von Rechtsprechung und Literatur abgehandelt.

4 Die Bundesrepublik Deutschland muß zur Zeit wohl an führender Stelle gesehen werden. Der Verf. hat zum Stand der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen auch ausländische Sozial- und Marktforschungsinstitute befragt. Begonnen wurde mit repräsentativer Rechtstatsachenermittlung bereits in vielen Ländern, z. B. in allen westeuro-

1 Negativ

1.1 Fehlendes Problembewußtsein

Das Bundesjustizministerium hat bekanntlich „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts" eingeholt[5]. So umfassend und tiefgreifend diese Vorbereitung auch sein mag, es fehlt ein Gutachten über die Möglichkeiten der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen zur bestmöglichen Überarbeitung des Schuldrechts[6].

Ein Musterbeispiel aus der Rechtsprechung zum Schuldrecht: Der Präjudizienwirrwarr zur Geldentschädigung wegen Vereitelung von Nutzungsmöglichkeiten. Er konnte nur deshalb in diesem Ausmaß entstehen, weil nach der Rechtsauslegung die Einstellung und das Verhalten Dritter berücksichtigt werden müßten, die Gerichte sich aber nicht genügend bewußt sind, daß sie meist nur von der eigenen Einstellung und dem eigenen Verhalten ausgehen[7].

1.2 Keine systematische Darstellung der Arbeitsschritte und ihrer Beziehungen zueinander

Es existiert für die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen keine systematische Darstellung des Ermittlungsprozesses oder – wie man auch formulieren kann – des Forschungsprozesses oder der Arbeitsschritte. Dementsprechend werden häufig die Definition der Rechtsprobleme einerseits und die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts in der Durchführungsphase andererseits[8] verwechselt oder vermengt. Diese Trennung der Definition des Problems zum einen und der Ermittlung des danach rechtserheblichen Sachverhalts zum anderen kann im Einzelfall derart schwierig sein, daß ohne genaue Kenntnis der Systematik des Ermittlungsprozesses nur zufällig richtig entschieden wird. Der magische Ausdruck „Operationalisierung" erhöht die Verwechslungs- und Vermengungsgefahr. Ihn gebraucht die Fachwelt für beide Phasen, sowohl für die Definition des Problems in der Definitionsphase als auch für die Sachverhaltsermittlung in der Durchführungsphase[9]. Das

---

päischen Ländern. Es ist absehbar, daß sich die repräsentative Rechtstatsachenermittlung in diesen Ländern ähnlich entwickeln wird wie in der Bundesrepublik Deutschland. Typisch für eine gleichsam zeitversetzte Entwicklung sind der Bericht über die österreichischen Verhältnisse in der Abhandlung *Hodik*, Der Grad der Verkehrsgeltung und seine Feststellung, in: Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1983, 1 ff. sowie der zu einer speziellen Frage des Wettbewerbsrechts der USA von *Zoler* verfaßte Aufsatz, Research requirements for ad Claims substantation, in: Journal of Advertising Research, Volume 23, Nor. 2, April/May 1983, S. 9 ff. Der Ursprung der Umfrageforschung liegt nach den Ermittlungen von Böhm (Dissertation, Verfahren noch nicht vollständig abgeschlossen) in den USA.

5 Vgl. NJW 1982, 2017 ff.

6 Zur repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen auf dem Gebiet der Gesetzgebung, vgl. S. 24 ff.

7 Vgl. dazu S. 17 Fußn. 20 und S. 33 ff.

8 Vgl. dazu S. 51 ff. (Fehler aufgrund von Mißverständnissen zum Begriff Operationalisierung).

9 Wie Fußn. 8.

führt in der Praxis dazu, daß sich der Jurist auf den Sachverhalts-Ermittler verläßt, daß der Sachverhalts-Ermittler aber nicht weiß, was der Jurist wollen müßte, und daß sowohl der Jurist als auch der zur Ermittlung des Sachverhalts berufene Sachverständige nicht gegenseitig rückfragen. Dieses Problem der fehlenden oder mangelhaften Rückfrage gewinnt in der Praxis größte Bedeutung.

1.3 Keine systematische Darstellung der Befragungstechnik

Selbst für solche alltäglichen Arbeitsgebiete wie die Befragung von Verbrauchern zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts für Wettbewerbsstreitigkeiten gibt es bis heute keine systematische Darstellung der Befragungstechnik[10]. Auch die Sozialforschung kann keine allgemeine, systematische Befragungstechnik bieten. Zur Beurteilung von Fragebogenentwürfen für repräsentative Umfragen sind die Juristen somit noch zu einem guten Teil auf ihre eigenen – wie es in der soziologischen Fachsprache heißt – „Alltagstheorien" angewiesen; und dies, obwohl der BGH von den Richtern verlangt, „selbst zu prüfen, welche Testfragen geeignet sind, dem Beweisthema zu dienen"[11], und obwohl für einen befragungstechnisch ungeschulten Juri-

10 Auch – eine Pionierleistung – die Umfrageforschung in der Rechtspraxis von *Noelle-Neumann/Schramm*, Weinheim 1961, enthält keine systematische Darstellung der Befragungstechnik. Eine systematische Befragungstechnik wird ja noch nicht einmal für das Gebiet der Zeugenvernehmung geboten, wie das grundlegende Werk von *Bender/Röder/Mack*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 2 Bände, München 1981, zeigt. Wenn man solche Teilaspekte bedenkt, wird verständlich, warum es noch keine umfassende Formulierungstechnik für Juristen gibt. So verständlich der Mangel insoweit auch ist, so nachdenklich muß diese Situation stimmen. Wenn auch nicht von der Wiege bis zur Bahre, aber vom Beginn des Studiums bis zur Pensionierung hat der Jurist zu formulieren, zunächst in Klausuren und Hausarbeiten, dann im Examen, in Schriftsätzen, in Verhandlungen, in Verträgen, in Urteilen und Gutachten, in der Gesetzgebung; täglich, stündlich; bis heute jedoch ist noch nicht der Versuch unternommen worden, eine Formulierungstechnik für Juristen zu verfassen. Soweit ersichtlich, ist noch nicht einmal in Veröffentlichungen bedacht worden, daß eine Formulierungstechnik für Juristen geschaffen werden müßte.

11 Vgl. z. B. BGH GRUR 1963, 270/273 f.; 1968, 581/583 (Blunazit), *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 14. Aufl., RdNr. 117 zu § 3 UWG. Im Hinblick auf diese BGH-Rechtsprechung haben sich auch viele Gerichtsurteile bereits mit befragungstechnischen Problemen auseinandergesetzt; nur eben ohne auf eine systematische Darstellung zurückgreifen zu können. Typisch ist beispielsweise, daß immerhin bereits in WRP 1974, 340 ein solcher Leitsatz (Urteil des OLG Bremen vom 29. 11. 73) abgedruckt wurde:

„Zur Methodik der Befragung bei einer Meinungsfrage; auch der Senat ist der Auffassung, daß das Ergebnis einer Meinungsumfrage wesentlich von der Fragestellung abhängt; die Fragestellung mag unproblematisch sein, sofern bereits fertig geprägte Vorstellungen der Verbraucher abgerufen werden sollen; Anzahl, Auswahl und Abfassung der Fragen erhalten indessen erhebliches Gewicht da, wo der Befragte während der Befragung erst eine Vorstellung bilden soll; hier können Anzahl, Auswahl und Abfassung der Fragen das Ergebnis der Meinungsbildung beeinflussen; sie können den Befragten sowohl befangen als auch gleichgültig oder gar unwillig machen; alle diese Haltungen gewährleisten nicht, daß der Befragte seine Vorstellung ebenso bildet, wie er sie sich im Markt, d. h. allein bei der Teilnahme am Wirtschaftsleben, bilden würde, und daß er sie gewissenhaft mitteilt; läßt die Frage für solche Fehlhaltungen Raum, so erweist sich ihr Ergebnis jedenfalls teilweise

sten viele Fehler versteckt sind. Ein Musterbeispiel für die gesamte Situation bildet das BGH-Urteil Lübecker Marzipan[12]. Daß eine solche Darstellung fehlt, ist darüber hinaus deshalb mißlich, weil der Jurist ohne sie das Rechtsproblem nur unzureichend definieren kann. Wie soll der rechtsauslegende Jurist dem Sachverhaltsermittler die Klärung eines Problems auftragen, wenn er, der Jurist, nicht genügend die Sprache des Sachverhaltsermittlers spricht und dessen Probleme nicht kennt? Das gilt um so mehr, als der Sachverhaltsermittler die juristische Sprache und die juristische Problematik schlechter versteht, als man annehmen möchte. Wie soll auf dieser Basis z. B. ein Beweisbeschluß richtig formuliert werden[13]?

2 Positiv

Repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen wird täglich betrieben. Es besteht gar keine Chance, sie abzuschaffen.

Am bekanntesten wird die Justizforschung sein[14]. Für die Praxis noch bedeutender ist die Rechtsprechung des BGH zum Wettbewerbsrecht[15].

---

als für die Ermittlung des erzwungenen Eindrucks eines flüchtigen Durchschnittsverbrauchers unbrauchbar."

Typisch ist weiter, daß Leitsatz 3 des KG-Urteils vom 31. 3. 81, WRP 82, 220 ff., schon eine so spezielle befragungstechnische Problematik herausstellt, wie:

„Im Zweifel (zwischen Werbeaussagen mit Tatsachenkern einerseits, Äußerung einer Meinung oder eines Kaufappells andererseits) muß eine Meinungsumfrage zumindest mit einer geeigneten Frage danach beginnen, ob der Leser überhaupt eine tatsächlich nachprüfbare Werbebehauptung erkenne, oder ob er diese Möglichkeit verneine."

12 Urteil vom 6. Juni 1980, GRUR 1981, 71 ff. Dieses Urteil erging zu einem Rechtsgebiet, auf dem die repräsentative Rechtstatsachenermittlung mit am meisten fortgeschritten ist. Die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen für das Schuldrecht (ebenso wie die repräsentative Rechtstatsachenforschung für andere Rechtsgebiete) muß sich an solchen Entscheidungen orientieren. Ausführlicher zur Bedeutung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung für die anderen Gebiete, S. 21 f. Entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung prüft der BGH in seinem Urteil Lübecker Marzipan eingehend selbst, ob die Testfragen geeignet sind, dem Beweisthema zu dienen. Es gelangt zu dem Ergebnis, daß „der Revision zuzugeben ist, daß die Fragestellung der wettbewerblichen Relevanz ungeeignet war". Während der Rechtsauslegungsteil des Urteils – in der üblichen Art und Weise – sorgfältig auf Rechtsprechung und Schrifttum aufbaut, befindet sich im befragungstechnischen Teil kein Hinweis auf eine befragungstechnische Grundlage. Der BGH hat offenkundig nur aufgrund seiner eigenen „Alltagstheorien" geurteilt; gezwungenermaßen, eben weil er auf keine systematische Darstellung der Befragungstechnik zurückgreifen konnte. Nach der Formulierung der Entscheidungsgründe ist zu vermuten, daß – ebenfalls typisch für die gesamte Situation – der BGH eine solche Darstellung gar nicht vermißt und nicht überprüft hat, ob sich die vom BGH vertretenen befragungstechnischen Meinungen belegen lassen.

13 Vgl. dazu ausführlich unten S. 68 ff.

14 Zu den Begriffen Justizforschung, Empirische Rechtssoziologie, Richtersoziologie, soziologische Jurisprudenz, Rechtstatsachenforschung, Empirische Rechtsforschung, vgl. *Schweizer*, Empirische Kartellrechtsforschung, WRP 1975, 408 f. Die Justizforschungsstudien bewegen sich zum Teil auch methodologisch auf einem hohen Niveau, vgl. als gutes Beispiel *Heldrich/Schmidtchen*, Gerechtigkeit als Beruf, München 1982.

15 Zur Bedeutung der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht für das Gebiet der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen, vgl. S. 21 f.

Der BGH hat in den letzten Jahren verstärkt wegen fehlender Umfragen Berufungsentscheidungen aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, insbesondere zur Klärung des Verkehrsverständnisses, zurückverwiesen. Kennzeichnende Beispiele:

a) Urteil des BGH vom 29. 4. 82 (Elsässer Nudeln)[16]: Aufhebung und Zurückverweisung wegen Verneinung einer Irreführungsgefahr ohne Einholung eines Umfragegutachtens

In seinem Urteil vom 29. 4. 82 hat der BGH – mit Recht selbstverständlich – hervorgehoben:

„Es bedarf daher besonderer Gründe für die Annahme, daß eine irreführende geographische Herkunftsbezeichnung für den Kaufentschluß des getäuschten Publikums ohne Bedeutung ist . . . Das OLG hätte daher, wenn es nicht von sich aus eine Irreführungsgefahr annehmen zu können glaubte, dem Beweisantrag der Klägerin auf **Einholung eines Umfragegutachtens** entsprechen müssen."

b) Urteil des BGH vom 27. 1. 82 (POINT)[17]: Aufhebung und Zurückverweisung wegen ungerechtfertigter Bejahung eigener Sachkunde durch das Berufungsgericht und wegen Fehlens einer Meinungsumfrage

In seinem Urteil vom 27. 1. 82 hat der BGH mit der Begründung aufgehoben und zurückverwiesen:

„Mit Recht rügt die Revision aber, daß das Berufungsgericht eine solche Verwechslungsgefahr aufgrund eigener Sachkunde und aus allgemeinen Erwägungen glaubt verneinen zu können, **ohne sich hinreichende Gewißheit durch eine Meinungsumfrage verschafft zu haben**... Wenn er [der Richter] dagegen die Irreführung verneinen will, setzt das die Feststellung voraus, daß kein rechtlich in Betracht kommender Teil des Verkehrs getäuscht wird bzw. Verbindungen der genannten Art vermutet. Diese Feststellung wird der Richter in der Regel jedenfalls dann nicht ohne weiteres aus eigener Sachkunde treffen können, wenn er selbst den angesprochenen Verkehrskreisen nicht angehört [vgl. BGH in GRUR 1963, 270, 273 – Bärenfang; GRUR 1975, 162, 163 f. – Etirex] . . . Das BerG legt nicht dar, aufgrund welcher besonderen Umstände es glaubt, selbst einen hinreichenden Einblick in die Vorstellungen dieser Jugendlichen über etwaige Verbindungen der genannten Art einer Hörfunkserie und einer Diskothek der hier in Rede stehenden Art zu besitzen."

c) Urteil des BGH vom 10. 2. 82 (Möbel-Haus)[18]: Umfrage selbst dann erforderlich, wenn das Gericht Irreführungsgefahr bejaht und zu dem angesprochenen Verkehrskreis gehört, die Bejahung der Irreführungsgefahr jedoch aufgrund irgendwelcher Umstände bedenklich erscheint

Noch erheblich weiter geht der BGH in seinem Urteil vom 10. 2. 82. Er verlangt dort eine Umfrage, obwohl das Berufungsgericht dem angesprochenen Verkehrskreis angehört, es sich um Angaben über Gegenstände des allgemeinen Bedarfs handelt und das Gericht eine Irreführungsgefahr **bejahte**. Es handelt sich demnach um eine Fall-

16 GRUR 1982, 564 ff. mit Anm. *Klette*.
17 GRUR 1982, 431 ff.
18 GRUR 1982, 491 ff.

gruppe, bei der bis jetzt in aller Regel keine Umfrage durchgeführt wurde. Der BGH legt dar:

„Zwar ist nach ständiger Rechtsprechung der Richter zur Beurteilung der Frage, welchen Sinn der Verkehr einer bestimmten Werbebehauptung beilegt, regelmäßig ausreichend sachkundig, wenn er – wie hier – zu dem angesprochenen Verkehrskreis gehört und es sich um Angaben über Gegenstände des allgemeinen Bedarfs handelt (BGHZ 53, 339, 440 – Euro-Spirituosen; BGH in GRUR 1971, 365, 367 – Wörterbuch; BGH-Urteil vom 28. 6. 74 – I ZR 51/73 – Continent-Möbel I, Urteilsabdruck S. 6 und BGH in GRUR 1980, 797, 799 – Topfit Boonekamp). Liegen jedoch Umstände vor, die eine bestimmte Auffassung als bedenklich erscheinen lassen, so **sind gleichwohl alle Beweismittel zu erschöpfen und gegebenenfalls Umfragen über die Verkehrsauffassung zu veranstalten** (BGH in GRUR 1961, 544, 545 – Hühnergegacker; 1980, 797, 799 – Topfit Boonekamp)... Angesichts solcher möglicher Zweifel und Bedenken hinsichtlich der wirklichen Auffassung des Verkehrs vom Bedeutungsinhalt des Begriffs ‚Möbelhaus' durfte das BerG nicht einfach sein eigenes naturgemäß als Ergebnis eines dem Verkehr normalerweise fremden Prüf- und Denkprozesses gewonnenes Verständnis dieses Begriffes seiner Beurteilung zugrunde legen; es mußte vielmehr im Wege der Beweiserhebung zusätzliche Erkenntnismittel ausschöpfen, um die maßgebliche Verkehrsauffassung feststellen zu können."

Man braucht kein Hellseher zu sein, um vorhersagen zu können, daß sich diese Entwicklung fortsetzen wird[18a]. Ausgewählt wurden diese Beispiele, um zu zeigen, wie weit die Rechtsprechung zur Notwendigkeit repräsentativer Sachverhaltsermittlung bereits fortgeschritten ist. Zu solchen Darstellungen muß noch lange Zeit auf Rechtsprechung und Schrifttum zum Wettbewerbsrecht zurückgegriffen werden. Für das

---

18a Das nach Fertigstellung des Manuskripts veröffentlichte BGH-Urteil vom 11. 5. 1983 – I ZR 64/81 – das unmögliche Möbelhaus (WRP 1984, 62 ff.) bestätigt diese Erwartung. Das OLG Düsseldorf hatte eine Irreführungsgefahr **bejaht**. Eine Umfrage, aus der andere Rückschlüsse zu ziehen waren, berücksichtigte das OLG nicht; und zwar mit der Begründung, „das Ergebnis der Umfrage sei deshalb nicht zu verwerten, weil die Fragestellung nicht geeignet gewesen sei, zu ermitteln, was der Verkehr unter einem ‚Möbelhaus aus S.' verstehe" (BGH a.a.O.). Der BGH wandte dagegen bemerkenswerterweise ein:

- Die vom OLG „angeführten Umstände (begründeten) zwar Zweifel, ließen aber keine sicheren Rückschlüsse darauf zu, daß die Fragestellung ungeeignet sei".
- „Allein diese Tatsache hätte das Berufungsgericht – wenn es das Umfrageergebnis nicht für verwertbar hielt – veranlassen müssen, die von den Beklagten beantragte Meinungsumfrage einzuholen..."

Mit anderen Worten: Eine Irreführung darf ohne weitere repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen nicht bejaht werden, wenn eine (weitere) Umfrage beantragt wurde und ungewiß ist, ob die bereits vorliegende Umfrage den rechtserheblichen Tatbestand richtig ermittelt hat.

Und das Mai-Heft der MDR 1984 (S. 412) veröffentlicht einen Beschluß des BayObLG vom 16. 12. 1983, der im Rahmen des § 12 FGG u. a. betont: „Will der Tatrichter von einer gutachtlichen Stellungnahme einer Industrie- und Handelskammer zur Täuschungseignung einer Firma abweichen, so muß er alle Möglichkeiten einer Sachaufklärung ausschöpfen (§ 12 FGG); er muß insbesondere Umfragen der Industrie- und Handelskammer oder des Deutschen Industrie- und Handelstages über die bestehenden Verkehrsauffassungen veranlassen" (folgen Hinweise auf Entscheidungen des BayObLG, des OLG Hamm und des OLG Frankfurt).

Schuldrecht stellen sich die Fragen jedoch grundsätzlich genauso[19]. Nur erkennen das erst verhältnismäßig wenige[20].

Entsprechend diesem Stand der Rechtstatsachenermittlung muß eine Arbeit, welche für die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen die Grundlagen für eine Fortentwicklung darstellen will, insbesondere:

- Die Arbeitsschritte, also den Forschungsprozeß darstellen.
- Dabei verhältnismäßig weitgehend erst noch für die Praxis die Probleme entdekken.
- Die Fehlerquellen bei den Zuständigkeiten zur Definition, zur Sachverhaltsermittlung und zur Analyse aufdecken.
- Die Notwendigkeit einer Vertiefung der Problemdefinition, insbesondere der Rechtsauslegung, aufzeigen.
- Eine für die Praxis geeignete Befragungstechnik entwerfen.

Dazu empfiehlt es sich nach den Erfahrungen des Verf. zur Zeit, das Schwergewicht auf die Darstellung von Beispielen und auf die Systematisierung zu legen[21]. Es wird

19 Von der Grundsatzfrage zu unterscheiden ist selbstverständlich die Frage danach, ob wegen schwerwiegender Nachteile von einer repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen abgesehen werden muß. Entgegenstehen kann insbesondere der mit der Ermittlung verbundene Aufwand. Vgl. zu den (meist aber nur scheinbar) entgegenstehenden Gründen im Haupttext S. 34 und 51 ff.

20 Ein Musterbeispiel findet sich – auch das ist typisch – in einer Abhandlung unter der Überschrift „Problemfälle aus der Prozeßpraxis – Vorsorglich bitten wir, die Revision zuzulassen". Vgl. *E. Schneider*, MDR 1983, 20 f. *Schneider* deckt a.a.O. den „Präjudizien-Wirrwarr" in der Rechtsprechung des BGH zur Geldentschädigung wegen Vereitelung von Nutzungsmöglichkeiten auf. Dem Juristen muß es bei der Lektüre dieser Abhandlung – auch für das Schuldrecht – wie Schuppen von den Augen fallen. *Schneider* zeigt im Anschluß an Schriftsteller wie *Rüßmann, Hansen, Tolk, Eike Schmidt, Hommelhoff, Schacht, Grunsky*, wie es überhaupt zu diesem Präjudizien-Wirrwarr kommen konnte, nämlich: „Differenzierungsgesichtspunkt ist die Verkehrsanschauung... Die Verkehrsauffassung wird einfach nach dem gewünschten Ergebnis behauptet oder verneint, ohne daß irgendwelche Untersuchungen dazu angestellt würden... Der BGH verlautbart daher, bei Lichte besehen, unter dem falschen Etikett der Verkehrsauffassung nur seine eigene, höchst subjektive Auffassung zum Vermögenswert von Nutzungsarten... So haftet dieser Judikatur letztlich das Moment des Willkürlichen an." Frappierend (für den erfahrenen Rechtstatsachenermittler aber nur bezeichnend) ist, daß *Schneider* nahezu die gleichen Worte gebraucht wie der BGH zur Notwendigkeit der Durchführung einer Umfrage im Wettbewerbsrecht, BGH GRUR 1982, 493 1. Sp. – Ein anderes – wichtiges – Musterbeispiel bildet die Rechtsprechung zur Erstattungsfähigkeit der Inkassogebühren. Für dieses Beispiel ist die Problematik noch nicht aufgedeckt worden, obwohl bereits Tausende von Entscheidungen vorliegen.

21 Der Sinn und Zweck dieser Abhandlung verbietet, mehrere Schritte auf einmal gehen zu wollen. Die repräsentative Rechtstatsachenermittlung sollte sich auf den jeweils nächsten Schritt konzentrieren. Die Gefahr, daß an der einen Stelle versucht wird, mehrere Schritte auf einmal zu tun, und daß deshalb andere – wichtigere – Stellen vernachlässigt werden, ist größer, als die meisten auf den ersten Blick vermuten werden. Die von den Gerichten befragten Sachverständigen sehen die Problematik verständlicherweise aus der ihnen bekannten – in der Regel soziologischen und psychologischen – Sicht. Aus dieser Sicht drängt sich beispielsweise die Verwertung sog. psychotaktischer Meßmethoden und auswertungsinten-

sich herausstellen, daß eine systematische Abhandlung der Grundlagen sogar für eine Gesamtdarstellung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen erübrigt, die gesamte Rechtsprechung und Literatur wiederzugeben. Die meisten Entscheidungen und Literaturstellen handeln die Problematik nicht systematisch nach den rechtsmethodisch maßgeblichen Kriterien ab und interessieren deshalb nur als Beispiele.

II. Abschnitt: Definitionsphase

A. Problemwahl, insbesondere Problementdeckung

1. Kapitel: Einführung

Im Komplex der Problemwahl bildet heute die fehlende Problementdeckung noch eine der wichtigsten Fehlerquellen. Der Gesetzgeber, der Richter, der Anwalt, der Verwaltungsbeamte, schlechthin der „Rechtsstab" erkennen oft nicht oder unvollständig:

Abzustellen ist im konkreten Fall ausschließlich oder unter anderem auf die Verhältnisse einer Vielzahl von Personen oder Gegenständen; zum Beispiel auf das Verhalten, die Einstellung, die Kenntnisse oder die Fähigkeiten der Gesamtbevölkerung im Alter von 18 bis 60 Jahren. Der einzelne kann diese Verhältnisse von sich aus nur unzuverlässig ermitteln; auch dann, wenn er diesem Kreis angehört. Evtl. repräsentiert er bspw. nur eine Minderheit von 5%, meint aber, so, wie er, würden fast alle denken oder handeln. Er muß deshalb entscheiden, ob er sich mit seiner eigenen, unsicheren Einschätzung zufrieden geben darf. Wenn er sich zufrieden geben darf, muß er sich wenigstens der Unsicherheit bewußt sein. Wenn er sich nicht zufrieden geben darf, hat er zu überprüfen, welche Methode anzuwenden ist; insbesondere, ob der Sachverhalt – die zuverlässigste Methode – repräsentativ ermittelt werden muß, oder ob eine andere Methode, z. B. eine Leitstudie, ausreicht. Mit anderen Worten:

Oft übersehen die beteiligten Juristen, daß rechtserheblich nicht ihre eigene Einstellung, ihr eigenes Verhalten oder ihre eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten sind. Aber auch wenn Sie erkennen, daß es auf Dritte ankommt, ist das Problem nicht bereits vollständig entdeckt.

Zur Zeit wird noch häufig verkannt, daß es zur Ermittlung fremder Verhältnisse kein „unzuverlässigeres Instrumentarium als die intuitive Alltagsforschung" gibt[1]. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um Erklärungs-, Prognose-, Maßnahme-, Deskriptions- oder Wertprobleme handelt.

---

siver Skalierungsverfahren auf, vgl. *Trommsdorff*, Das empirische Gutachten als Beweismittel im Wettbewerbsprozeß, in: MARKETING Zeitschrift für Forschung und Praxis 1979, 91 ff. Aus dieser Sicht der normorientierten Ermittlung des rechtserheblichen Tatbestandes sollten dagegen zunächst die nächsten Schritte gegangen werden, welche diese Abhandlung versucht aufzuzeigen.

1 *Opp*, Soziologie im Recht, Reinbek 1973, S. 55. Diese Erkenntnis gewinnt auch in diesem Sinne Bedeutung: Wenn man wegen besonderer Umstände, z. B. wegen zu hoher Kosten, auf eine repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen verzichtet, kann diese Erkenntnis bewirken, daß nach anderen, wenn auch zu keinen repräsentativen Ergebnissen führenden, Methoden gesucht wird.

Ein aufschlußreiches Beispiel:

Noelle-Neumann/Schramm[2] berichten, daß das Patentamt im Jahre 1960 die Eintragung des Wortes „Morelia" zurückwies. Zur Begründung gab das Patentamt an, das Wort sei bei einem großen Teil der Bevölkerung als Name einer mexikanischen Stadt bekannt. Eine Repräsentativ-Umfrage bei 1000 Personen im Bundesgebiet und West-Berlin ergab jedoch, daß 93,3% das Wort noch nie gehört hatten; nur 0,3% wußten, daß Morelia der Name einer Stadt in Mexiko oder jedenfalls einer Stadt in Amerika oder Südamerika ist.

In der Regel am besten geeignet zur Ermittlung solcher rechtserheblicher Sachverhalte ist die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen, also die repräsentative Umfrageforschung; der, wie die Sozialforscher sagen, Königsweg der empirischen Sozialforschung[3].

Die **Befragung** ist heute in der gesamten empirischen Sozialforschung das unbestritten **wichtigste Erhebungsinstrument**. Der Befragung als Erhebungsinstrument liegt die Überzeugung zugrunde, „daß allein die Frage in der Lage ist, die wirklich wichtigen sozialwissenschaftlichen Konstanten aufzudecken... (und daß) der Mensch als Produzent aller Bewußtseinsinhalte am besten mit dieser, seiner Natur am meisten entsprechenden Methode zu erforschen ist" (Koolwijk). Die in der Praxis weitaus wichtigste Form der Befragung ist das ermittelnde Interview. Anders als beim vermittelnden Interview wird beim ermittelnden Interview die Befragungsperson als Träger abrufbarer Informationen verstanden.

An dieser Stelle interessieren Einzelheiten grundsätzlich nicht. Die Einzelheiten betreffen in der Regel die Durchführungsphase, also nicht die hier abgehandelte Definitionsphase (und ebenso nicht die Analyse- und nicht die Disseminationsphase). Zu diesen Einzelheiten, die hier, bei der Problementdeckung im Rahmen der Definition, nicht weiter interessieren, gehören insbesondere die Auswahlverfahren. Maßgeblich für die Problementdeckung ist insoweit nur: Vollerhebungen sind nicht erforderlich; sie sind in aller Regel nicht einmal zweckmäßig. **Repräsentative Teilerhebungen** sind heute grundsätzlich genauer, billiger und schneller. Die empirische Sozialforschung ist heute unfraglich grundsätzlich in der Lage, repräsentative Teilerhebungen durchzuführen. Zum Begriff „Repräsentativität", vgl. S. 11 Fußn. 2. Nach dem Sinn und Zweck der Rechtstatsachenermittlung zu einer Vielzahl von Personen reicht es nicht aus, nur viele zu befragen. Der Sinn und Zweck verlangt vielmehr, daß die Ergebnisse verallgemeinert werden können. Für § 3 UWG bspw. genügt es nicht zu wissen, daß z. B. 2054 Befragte bestimmte Antworten gegeben haben. Erforderlich ist, daß die Teilmenge erlaubt zu verallgemeinern. Deshalb müßten die Industrie- und Handelskammern die Befragten anders – als bisher – auswählen und den Rücklauf anders als bisher kontrollieren. Die bisher von den IHK angewandten Verfahren schaffen keine Repräsentativität. Zu der vermutlich wichtigsten IHK-Umfrage „Preisvereinbarung mit/ohne Mehrwertsteuer" hat der Deutsche Industrie- und Handelstag gegenüber dem Verf. in einem Schreiben vom 3. 5. 1978 klargestellt: „Insofern ist der (im Studienbericht gebrauchte) Ausdruck ‚repräsentativ' nicht in dem Sinne zu verstehen, wie es nach unserer Kenntnis im Umfragewesen sonst üblich ist, nämlich im Sinne

2 Umfrageforschung in der Rechtspraxis, Weinheim 1961, S. 12.

3 Das ist heute schon unbestritten.

von kleinem Ausschnitt im Verhältnis zur größeren Gesamtheit." Soweit der Verf. überprüfen konnte, sind alle IHK-Umfragen nicht repräsentativ. Rechtsprechung und Schrifttum kennen diesen Mangel noch nicht. Die IHK-Berichte geben an, es handle sich um repräsentative Ergebnisse. Die Gerichte, die Parteien und die sonst Interessierten unterstellen dementsprechend auch immer, die Umfragen seien repräsentativ. Zu Unrecht. Es ist aber denkbar, daß durch die große Anzahl der Befragungen oft brauchbare Ergebnisse erzielt werden. Wie genau die Ergebnisse der IHK-Umfragen sind, läßt sich nicht sagen. Es fehlen vergleichbare repräsentative Umfragen. – Soweit dem Verf. bekannt, bemühen sich auf Veranlassung der IHK für München und Oberbayern bereits einige Verantwortliche, das Umfragewesen der Industrie- und Handelskammern auch insoweit zu verbessern.

Für die Problementdeckung kommt es ebenso nicht auf die gegen die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen erhobenen grundsätzlichen Einwände an; also auf Einwände wie: Umfragen sind zu teuer, die richterliche Entscheidungskompetenz wird gefährdet, die Institute könnten befangen sein, die Gerichte sind ausreichend sachkundig, die Umfragen sind zu ungenau. Alle diese Einwände sind bei der Operationalisierung abzuhandeln, vgl. dazu die Ausführungen zur „Operationalisierung in der Definitionsphase, Fehler aufgrund einer falschen Würdigung der gegen die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen erhobenen sachlichen Einwände" sowie „Zuständigkeitsüberschreitungen durch Einordnung der Problematik in die Durchführungsphase statt in die Definitionsphase, einschließlich: Das Scheinproblem der Gefährdung juristischer Entscheidungskompetenz" (S. 51 ff., 59 ff.). Zur Zeit muß noch unterschieden werden zwischen

- der Entdeckung (daß im konkreten Fall dem Grundsatz nach die Rechtstatsachen repräsentativ ermittelt werden müssen) und
- der Frage, ob aufgrund besonderer Umstände von einer dem Grundsatz nach erforderlichen repräsentativen Rechtstatsachenermittlung abgesehen werden sollte.

Diese Unterscheidung empfiehlt sich zur Zeit schon deshalb, weil die Diskussion der Einzelheiten am Anfang steht und mit dieser Unterscheidung noch am besten die Bedeutung der einzelnen Aspekte und die Konsequenzen bewußt werden und gewürdigt werden können.

Mit anderen Worten, zur Entdeckung ist jeweils zu überlegen:

1. Muß auf die Verhältnisse vieler Personen (oder Gegenstände) abgestellt werden?
2. Wenn ja: In der Regel kann der Sachverhalt am genauesten mit einer Befragung eines repräsentativen Teils der Grundgesamtheit ermittelt werden.
3. Liegt im konkreten Fall eine Ausnahme zu 2. vor? Die wichtigsten, bei der Rechtstatsachenermittlung aber doch seltenen Beispiele:
   Bedarf es einer Vollerhebung?
   Ist keine Repräsentativität erforderlich?
   Kommen andere Erhebungsmethoden in Betracht, etwa Beobachtung oder Inhaltsanalyse?
4. Wenn keine Ausnahme zu 2. vorliegt: Dann muß dem Grundsatz nach der Sachverhalt repräsentativ durch Befragen ermittelt werden, auch wenn der Richter zu den rechtserheblichen Personen, also zur Grundgesamtheit, gehört. Der Richter „darf nicht einfach sein eigenes naturgemäß als Ergebnis eines dem Verkehr nor-

malerweise fremden Prüf- und Denkprozesses gewonnenes Verständnis dieses Begriffes seiner Beurteilung zugrunde legen" (BGH in dem bereits zitierten Urteil Möbel-Haus).

5. Von der Problementdeckung zu unterscheiden ist die Frage: Sollte aufgrund besonderer Umstände auf die bestmögliche Sachverhalts-Qualität verzichtet werden? Diese Frage wird bei der Operationalisierung in der Definitionsphase erörtert.

Diese Überlegungen erlauben, nun schon im Hundert vorliegende Gerichtsentscheidungen und Literaturstellen zu diesem Thema zu überspringen. In der Praxis zeigt sich allerdings, daß die Aufführung von Rechtsprechung und Schrifttum doch sehr zur größeren Aufgeschlossenheit skeptischer Gesprächspartner verhelfen kann. Deshalb werden oft diese Hinweise benötigt:

Benda, der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, und Kreutzer stellen klar[4]:

„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."

Röhl legt unter Hinweis auf Steindorff dar[5]:

„In einer industriellen Welt, die immer rascher und immer wirksamer Regelungsprozesse 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."

Zur Veranschaulichung und als Belegmaterial benötigt die Praxis zur Zeit auch noch wenigstens einen solchen Überblick zur Rechtsprechung:

a) Die Bedeutung der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht

Aus der Rechtsprechung sind vor allem die Gründe der Gerichtsentscheidungen zum Wettbewerbsrecht für die Praxis nützlich. Das Wettbewerbsrecht ist, was die hier interessierende Problementdeckung anbetrifft, den anderen Rechtsgebieten weit voraus; insbesondere auch dem in diesem Buch im Vordergrund stehenden Schuldrecht, sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung. Die Gründe liegen nach den Erfahrungen des Verf. darin begründet:

Bei der Beurteilung von Kriterien, wie: Verkehrsdurchsetzung, Verwechslungsgefahr, Irreführungsgefahr, relevanter Markt, fühlt sich der Richter weniger selbstsicher als bei Kriterien wie „Treu und Glauben". Es kommt hinzu, daß sich vom Gegenstandswert her im Wettbewerbsrecht in der Regel repräsentative Befragungen eher rechtfertigen lassen. Beeinflussend war und ist weiter, daß viele, an Wettbewerbsprozessen beteiligte Parteien Marktforschungsabteilungen unterhalten, die sich – wenn auch aus anderer Sicht – mit solchen Fragen wie der Verkehrsdurchsetzung, der Verwechslungsgefahr und dem relvanten Markt fortlaufend befassen und Marktforschungsstu-

4 JZ 1972, 498 f.

5 Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974, S. 17.

dien betreiben; dieses Problembewußtsein wird von den Parteien den Anwälten und den Gerichten vermittelt. Dementsprechend wurden in der Marktforschung von den Marktforschungsinstituten zur Ermittlung von Wettbewerbstatbeständen Methoden und Techniken entwickelt, die die Gerichte überzeugt und dementsprechend allgemein das Problembewußtsein der Gerichte gefördert haben. Stark ausgewirkt hat sich daneben, daß die Industrie- und Handelskammern grundsätzlich kostenlos Gutachten erstatten und Umfragen durchführen.

Dementsprechend gibt es seit Jahrzehnten Äußerungen in der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht. Diese Entscheidungen können grundsätzlich auf allen Rechtsgebieten mithelfen, die Probleme zu entdecken und verständlich zu machen. Die nachfolgend aufgeführten Entscheidungen wurden selbstverständlich nach dem oben im Ersten Abschnitt beschriebenen Sinn und Zweck ausgewählt. Aus diesem Grunde wurden oft ältere Entscheidungen vorgezogen. U.a. kann durch das Alter der Entscheidungen verdeutlicht werden, daß nun schon eine länger andauernde Entwicklung vorliegt. Die Rechtsprechung hat sich nicht etwa in der Zwischenzeit rückentwickelt. Im Gegenteil; sie hat sich – gerade auch in der neuesten Zeit– weiter im Sinne einer Entdeckung und Nutzung der Rechtstatsachenforschung gefestigt.

b) Die jüngste Rechtsprechung: Elsässer Nudeln, Point, Möbel-Haus

Meist reichen schon die oben[6] beschriebenen BGH-Urteile aus. Zum Beispiel die bereits zitierte, ebenso selbstverständliche wie grundlegend wichtige, Feststellung des BGH im Möbel-Haus-Urteil:

„... hinsichtlich der wirklichen Auffassung des Verkehrs... durfte das BerG nicht einfach sein eigenes naturgemäß als Ergebnis eines dem Verkehr normalerweise fremden Prüf- und Denkprozesses gewonnenen Verständnis dieses Begriffes zugrunde legen; es mußte vielmehr im Wege der Beweiserhebung zusätzliche Erkenntnismittel ausschöpfen, um die maßgebliche Verkehrsauffassung feststellen zu können."

c) Der Rechtsprechungs-Wirrwarr im Schuldrecht

Den in vielen Fällen entlarvenden Kontrast bietet die ebenfalls schon oben[7] geschilderte Darstellung und Lösungsmöglichkeit des Präjudizien-Wirrwarrs zur Geldentschädigung wegen Vereitelung von Nutzungsmöglichkeiten.

d) BGH: Gutachten eines Meinungsforschungsinstituts zum Verständnis der beteiligten Verkehrskreise heranzuziehen

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 28. 1. 1957 klargestellt[8]:

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 „bei einer erneuten Verhandlung insoweit die Einholung des Gutachtens eines anerkannten Meinungsforschungsinstituts in Erwägung zu ziehen haben".

---

6 S. 15.
7 S. 17 mit Fußn. 20.
8 GRUR 1957, 285 (Erstes Kulmbacher).

e) BGH: Gutachten eines anerkannten Meinungsforschungsinstituts zur Verkehrsgeltung und zur Verwechslungsgefahr einzuholen

In seinem Urteil vom 14. 5. 1957 hat der BGH zur Verkehrsgeltung und zur Verwechslungsgefahr hervorgehoben[9]:

Die Vorinstanzen hätten die Frage der Verkehrsgeltung und der Verwechslungsgefahr nicht aus eigener Sachkunde entscheiden dürfen. Vielmehr muß – so der BGH – aufgrund des besonders großen Abnehmerkreises eine Beweiserhebung vorgenommen werden, und zwar in der Form, daß ein Gutachten eines anerkannten Meinungsforschungsinstitutes eingeholt wird.

f) BGH: In Berufungsinstanz neues, zweites Gutachten zur Verkehrsgeltung einzuholen

Wie weit die Rechtsprechung gehen kann, wenn die Problematik voll erkannt ist, zeigt die immerhin schon mehr als 25 Jahre zurückliegende Entscheidung des BGH vom 30. 3. 1956[10]. 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 nach Ansicht des Berufungsgerichts aufgrund der Lebenserfahrung nicht zu erwarten war, daß ein erneutes Gutachten zu einem anderen Ergebnis führen könnte. Der BGH 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.

g) OLG Köln: Gutachten der Marktforschungsinstitute als Beweismittel zum Bekanntheitsgrad[11], zur Verwechslungsgefahr und zur Verkehrsauffassung allgemein anerkannt; Abgrenzung zu den Gutachten der Industrie- und Handelskammern

Diese BGH-Rechtsprechung ist selbstverständlich auch schon längst gesicherter Bestandteil der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und der Landgerichte. Wenn ein LG für den Einzelfall meint, von einer Studie absehen zu können, kommt es oft zu solchen Entscheidungen, wie sie das OLG Köln in seinem Beschluß vom 10. 6. 1970 getroffen hat[12]:

„Das LG hätte, wenn es nicht zu dem Vergleich gekommen wäre, nach Auffassung des Senats über die Frage der Verwechslungsgefahr Beweise 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 Bekanntheitsgrades 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).

9 GRUR 1957, 553 ff. (Tintenkuli).
10 GRUR 1957, 426, 428 (Getränkeindustrie).
11 Gemeint hat das OLG Köln den Kennzeichnungsgrad.
12 GRUR 1971, 420 f.

h) Kosten für vor Beginn eines Rechtsstreits eingeholte Gutachten als notwendige Kosten i. S. der §§ 91 ff. ZPO

Wie gut die repräsentative Rechtstatsachenermittlung auf allen Gebieten daran tut, zur Problementdeckung und zu anderen Fehlerquellen die Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht mitzuberücksichtigen, zeigen auch die Entscheidungen zur Anerkennung von Kosten für Parteigutachten als notwendige Kosten im Sinne des § 91 ZPO. Es liegen eine ganze Reihe von Entscheidungen vor, die betonen:

„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."[13]

Diese Rechtsprechung erkennt somit an, daß sich eine Partei zu solchen Merkmalen wie Verkehrsdurchsetzung, Verwechslungsgefahr, Irreführungsgefahr zunächst einmal im Wege der Rechtstatsachenforschung substantiiert den rechtserheblichen Tatbestand verschafft, dann gerichtlich vorgeht und die Kosten für das Parteigutachten als notwendige Kosten im Sinne des § 91 ZPO erhalten muß[14].

i) LG München I: Parteigutachten u. U. gegen die eigenen Wertvorstellungen des Gerichts zu berücksichtigen

Die Landgerichte sperren auch nicht etwa. Nur unterlaufen dort verständlicherweise noch eher Fehler in der Problementdeckung. Andererseits gibt es auch bei den Landgerichten in der Rechtstatsachenforschung herausragende, wegweisende Richter. Richtungweisend ist z. B. das unveröffentlichte, nun schon mehr als sieben Jahre alte Urteil des LG München I (1 HKO 1829/76). Dieses Urteil hat ausgeführt:

„Etwas anderes (als Nicht-Einholung eines empirischen Rechtsforschungsgutachtens) 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."

2. Kapitel: Musterbeispiele zur Problementdeckung auf dem Gebiet der Gesetzgebung

1 Grundsatz

Vorab stellt sich natürlich die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, Gebiete wie die Gesetzgebung in eine Darstellung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung mit einzubeziehen. Denkbar ist, daß durch eine solche Einbeziehung der Eindruck entsteht, die Darstellung sei uneinheitlich, aus Ungleichartigem zusammengesetzt. Nach den Erfahrungen des Verfassers verflüchtigt sich ein solcher Eindruck jedoch mit wachsendem Verständnis für die repräsentative Rechtstatsachenermittlung. Außerdem: Man sollte repräsentativ ermitteln bei denen, die täglich das Bundesdaten-

13 In diesen Zusammenhang gehören ebenso die Entscheidungen OLG Bremen WRP 1974, 340 und OLG Hamburg WRP 1977, 811 zur Glaubhaftmachung der Verkehrsauffassung im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit Umfragegutachten. Dazu, am anschaulichsten, *Pastor*, Der Wettbewerbsprozeß, 3. Aufl. (1980), S. 302 f.

14 Beschl. d. LG München I vom 5. 2. 1964, GRUR 1966, 702. Ausführlicher, auch mit Hinweisen zu sachlich gleichen Entscheidungen, *Schweizer*, Empirische Rechtsforschung, in: Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 1976, 368 ff. (402 ff.).

schutzgesetz erleben; bei denen, die wissen, wie Gesetze zustandekommen, was „Hearings" und Stellungnahmen bewirken können. Der Verf. vermutet, daß nach einer solchen Rechtstatsachenermittlung keine Zweifel mehr an der Notwendigkeit einer Einbeziehung der Gesetzgebung bestünden[1]. Bei ihr geht es eben genauso wie bspw. in der Rechtsprechung auch darum, daß der Einzelne (am Gesetzgebungsverfahren Beteiligte) nur unzureichend die bei einer Vielzahl von Personen und Gegenständen bestehenden Verhältnisse kennt, diese aber kennen müßte. Wie unzulänglich die Gesetzgebung ist, haben im übrigen Experten wie Noll, Bender, Hill, Böhret und Hugger, v. Pestalozza, Achterberg, Weinberger sowie soeben Mengel[2] so überzeugend dargestellt, daß die Gesetzgebung nicht länger Hilfsmittel wie die repräsentative Rechtstatsachenermittlung negieren darf. Daß die Gesetzgebung im Wege repräsentativer Rechtstatsachenermittlung durch Befragen verbessert werden kann, hat die Literatur, soweit ersichtlich, noch nicht hervorgehoben.

Allerdings stellt sich für die Gesetzgebung mehrmals unter anderen Aspekten, als üblich, die Frage, ob denn der rechtserhebliche Sachverhalt immer gleich repräsentativ durch Befragen ermittelt werden muß, oder ob nicht auch andere Methoden ausreichen. Der Verf. denkt dabei nicht an Anwendungsmöglichkeiten wie Prognose und Nachkontrolle; bei ihnen wird die Notwendigkeit repräsentativer Rechtstatsachenermittlung durch Befragen unfraglich sein. Zu denken ist vielmehr an Kriterien wie die Sprache und die adressaten-adäquate Systematik des Gesetzes.

Einerseits werden teilweise andere Methoden verhältnismäßig erfolgreich sein; andererseits haben bei Gesetzen weitergehende Verbesserungen durch eine repräsentative Rechtstatsachenermittlung erheblich stärkere Auswirkungen als üblich. Immerhin handelt es sich beim Gesetzgebungsverfahren um das bedeutendste Verfahren in einer rechtsstaatlichen Demokratie, und es besteht international das Problem, daß es nicht vom Idealtypus einer gesetzgeberischen Elite betrieben wird[3]. Im Hinblick darauf, daß zur Zeit die repräsentative Sachverhaltsermittlung für die Rechtsprechung im Vordergrund steht, versucht der Verf. einen Mittelweg zu gehen. Außer in der Drucktechnik schränkt sich diese Arbeit insofern ein, als sie nur einige Problementdeckungen heraus- und diese lediglich in den Grundzügen darstellt. Die Aufgabe, die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen in eine geschlossene Theorie der Gesetzgebung einzufügen, stellt sich ohnehin (noch) nicht, weil eine geschlossene Theorie der Gesetzgebung erst noch geschaffen werden muß.

2 Die Sprache des Gesetzes

Von der Sprache des Gesetzbuches muß verlangt werden, 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"[4]. Schmude verlangt als Bundesmini-

1 Vgl. dazu auch unten „Nachkontrolle", S. 32. Auf die erwähnten Bedenken gegen eine Einbeziehung der Gesetzgebung hat Prof. *Heldrich* den Verf. aufmerksam gemacht.

2 Juni-Heft der ZRP 1984, S. 153 ff. Die wichtigen Autoren wurden vom Verf. unvollständig und ohne Reihenfolge-Wertung aufgeführt.

3 *Mengel* a.a.O.

4 So schon ein „Klassiker der Gesetzgebungslehre": *Bentham, Jeremy,* Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung, hrsg. von Etienne Dumont, deutsch von Friedrich Eduard Beneke, Berlin 1830.

ster der Justiz: „Der Gesetzgeber sollte den Zugang zum Recht nicht durch unnötige, unnötig komplizierte oder unnötig verwirrende Normen erschweren."[5] An dieser Stelle braucht nicht die Frage abgehandelt zu werden, welchen Adressatenkreis die Gesetzgebungstechnik berücksichtigen muß. Selbst wenn man auf den vom Gesetz Betroffenen keine Rücksicht nehmen wollte, dürfte nicht deshalb auf repräsentative Rechtstatsachenermittlung verzichtet werden. Wie die nachfolgenden Beispiele zum Bundesdatenschutzgesetz zeigen, stellen sich die Probleme im wesentlichen ebenfalls, wenn bspw. nur auf die Richter und die Rechtsanwaltschaft Rücksicht genommen werden muß. Die „Alltagstheorien" der Gesetzesverfasser reichen nicht aus. Nach den bis jetzt verwertbaren Erfahrungen muß man davon ausgehen, daß sich die Gesetzesformulierer, je tiefer sie in die Materie eindringen, um so mehr in Konstruktionen verlieren und sich in der Formulierung immer mehr vom Gesetzesadressaten entfernen, jedenfalls zur Zeit.

Beispiele:

Gewählt werden Beispiele aus dem Bundesdatenschutz (BDSG). Das BDSG wurde und wird vom Gesetzgeber bekanntlich sogar zum Teil als „Jahrhundertgesetz" eingeschätzt. An den Gesetzesformulierungen ist bis zur Annahme am 10. und 12. November 1976 mehr als sechs Jahre lang gefeilt worden. Was nachfolgend für das BDSG ausgeführt wird, gilt grundsätzlich sinngemäß für jedes andere Gesetz genauso. Das BDSG wurde für diese Darstellung deshalb gewählt, weil es zu den wichtigsten Gesetzen gehören wird und zur Zeit im Mittelpunkt der Diskussion steht.

a) Abweichungen vom allgemeinen Sprachgebrauch und von der Fachsprache

Der Gesetzgeber setzte sich – so vermutet der Verf. nach den bisherigen Erfahrungen mit dem BDSG – immer wieder sowohl vom allgemeinen Sprachgebrauch als auch von der Fachsprache zur automatisierten Datenverarbeitung ab. Eine repräsentative Befragung würde – vermutet der Verf. – bspw. ergeben.

Das Gesetz geht in § 2 Abs. 2 BDSG über den umgangssprachlichen Begriffsinhalt von „Bekanntgeben" hinaus. Den Begriff „Erfassen" versteht das Gesetz in einem weiteren Sinne als die Fachsprache zur automatisierten Datenverarbeitung.

Auch der Begriff „Auftrag" wird – so wird eine Studie vermutlich belegen – von der weit überwiegenden Mehrheit nicht so verstanden, wie vom BDSG: Nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 „ist im Sinne dieses Gesetzes Dritter jede Person oder Stelle außerhalb der speichernden Stelle, **ausgenommen** der Betroffene oder diejenigen Personen oder Stellen, die in den Fällen der Nr. 1 im Geltungsbereich dieses Gesetzes **im Auftrag** tätig werden". Nach dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung müßte man z. B. annehmen, daß die Übermittlung von Daten durch ein Markt- und Sozialforschungsinstitut an den Auftraggeber der Studie von vornherein keine Übermittlung und damit keine Datenverarbeitung i. S. des BDSG darstellt. Eine andere gesetzliche Begriffsbestimmung, § 2 Abs. 2 Nr. 2 BDSG, legt nämlich fest, daß „Übermitteln" das Bekanntgeben an **Dritte** voraussetzt. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 BDSG soll jedoch, wie soeben ausgeführt, kein Drittverhältnis vorliegen, wenn eine Stelle im Auftrag einer anderen Stelle tätig wird. Das BDSG will jedoch – darüber ist man sich einig – „im Auftrag" so verstanden wissen, daß das Institut nicht im Auftrag des Auftraggebers tätig ist.

b) „Versteckspiel"

Es geht weiter damit, daß wichtigste Gesetzesmerkmale nur nebenbei, versteckt, jedenfalls nach den bisherigen Erfahrungen für den Adressaten schwer auffindbar aufgeführt werden. So ergibt

5 NJW 1982, 2020. Die zu ermittelnde Rechtstatsache stellt hier das Verständnis des Gesetzesadressaten dar.

sich die wichtige Einschränkung, daß die Anwendbarkeit des BDSG eine Datenverarbeitung in Dateien voraussetzt nur nebenbei aus § 1 Abs. 2 Satz 1. Dieser Satz ist darüber hinaus kompliziert gestaltet und umfaßt neben Zahlenangaben 53 Wörter. Damit ist bereits eine weitere Fallgruppe erwähnt:

c) Für den Gesetzesadressaten zu lange und zu komplizierte Sätze

Zu dieser Fallgruppe kann man gleich beim Begriff „Datei" verweilen. Seit Jahren wird in einer Vorlesung ein Preis für den Fall ausgesetzt, daß ein Student für einen bestimmten Fall den Begriff richtig anwendet. Bis jetzt ist es noch nie einem Studenten gelungen, die (nach dem Schrifttum angeblich richtige) Lösung zu finden. Dabei wurde „nur" verlangt, die im Gesetz ausdrücklich vorgegebene und dem Studenten vorgefaßte Begriffsbestimmung anzuwenden. Diese Begriffsbestimmung lautet bekanntlich (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 BDSG):

„Im Sinne dieses Gesetzes ist eine Datei eine gleichartig aufgebaute Sammlung von Daten, die nach bestimmten Merkmalen erfaßt und geordnet und ausgewertet werden kann, ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren; nicht hierzu gehören Akten und Aktensammlungen, es sei denn, daß sie durch automatisierte Verfahren umgeordnet und ausgewertet werden können."

Nach komplizierten Auslegungsversuchen muß es der schon der Resignation nahe Gesetzesanwender als Hohn empfinden, wenn zum Abschluß der notwendigerweise komplizierten Darstellungen in den Kommentaren zu eben diesem Begriff „Datei" – richtig – hervorgehoben wird:

„Dabei ist von einer natürlichen Betrachtungsweise (sic!) und von der für den jeweiligen Bereich maßgeblichen Verkehrsanschauung auszugehen[6]."

3 Die adressaten-adäquate Systematik des Gesetzes

Die nächste Verbesserungsmöglichkeit durch repräsentative Rechtstatsachenermittlung mittels Befragens besteht zur adressaten-adäquaten Systematik des Gesetzes. Zwei Beispiele, wiederum aus dem BDSG:

a) Die vom BDSG getroffene Wahl zum Aufbau des Gesetzes

In der Praxis entstehen fortlaufend schwerwiegende Mißverständnisse dadurch, daß sich der Leser an den (fettgedruckten) Überschriften zu den einzelnen Paragraphen orientiert und übersieht, daß er sich im konkreten Fall im falschen Abschnitt befindet. Die Überschriften zu den einzelnen Paragraphen lauten in den Abschnitten 2, 3 und 4 häufig gleich. Man muß in der Praxis fortlaufend erfahren, daß sich beispielsweise der Leser, der sich im 4. Abschnitt hätte orientieren müssen, im 3. Abschnitt orientiert. Eben deshalb, weil die Überschriften der Paragraphen dazu verführen.

So lauten Überschriften im 3. Abschnitt: Datenspeicherung (§ 23), Datenübermittlung (§ 24), Auskunft an den Betroffenen (§ 26). Im 4. Abschnitt sind Paragraphen überschrieben mit: Datenspeicherung- und Übermittlung (§ 32), Auskunft an den Betroffenen (§ 34). Diese Übereinstimmungen in den Paragraphenüberschriften sind nicht die Ausnahme, sondern die Regel und von der vom Gesetzgeber gewählten Systematik aus betrachtet auch zutreffend. Nur, nach den bisherigen Erfahrungen muß vermutet werden, daß repräsentative Rechtstatsachenermittlung eine bessere Systematik gefunden hätte[7].

6 *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 1981, RdNr. 190 zu § 2.

7 Nach den Erfahrungen des Verf. müßte sich eine adressaten-adäquate Systematik nach den einzelnen Tätigkeiten richten, nicht nach den datenverarbeitenden Stellen.

Erschwert wird das Verständnis weiter nach den Erfahrungen des Verf. dadurch, daß Abschnitt 3 des BDSG für die „Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen für eigene Zwecke", Abschnitt 4 dagegen für die „geschäftsmäßige Datenverarbeitung nichtöffentlicher Stellen für fremde Zwecke" gilt. Der Unterschied zwischen dem 3. und dem 4. Abschnitt besteht somit im wesentlichen darin, daß der 3. Abschnitt die Datenverarbeitung für „eigene" und der 4. Abschnitt die Datenverarbeitung für „fremde" Zwecke regelt. Wenn man darüber nachdenkt, stellt man jedoch fest, daß die im 4. Abschnitt erfaßten Stellen evtl. aus der Sicht des Lesers durchaus „für eigene Zwecke" tätig sind. Man braucht sich nur die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag eines Rechenzentrums anzusehen. Dort findet sich bekanntlich immer eine Bestimmung zum „Gegenstand des Unternehmens". In dieser Bestimmung heißt es dann sinngemäß, daß Zweck des Rechenzentrums die Datenverarbeitung für eigene Zwecke und nicht – wie das Gesetz unterstellt – für fremde Zwecke ist.

b) Die Stellung der Grundsatzbestimmung § 3 BDSG

Der Schlüssel zur Klärung der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Einzelfall befindet sich in § 3 BDSG. Ohne diesen Schlüssel bleibt dem Rechtssuchenden der Zugang zur gesetzlichen Regelung versperrt. In der gesetzlichen Systematik nimmt die gesetzliche Regelung dagegen nach den bisherigen Erfahrungen auch z. B. für Richter und Rechtsanwälte keine Schlüsselstellung ein[8].

4 Unbestimmte Rechtsbegriffe

Hier ist selbstverständlich nicht der Ort, umfassend Sinn und Unsinn der unbestimmten Rechtsbegriffe abzuhandeln. Nach dem Sinn und Zweck dieser Arbeit geht es nur darum, das Problem in bezug auf unbestimmte Rechtsbegriffe zu erkennen; also das Problem, daß der Einzelne (am Gesetzgebungsverfahren Beteiligte) nur unzureichend die bei einer Vielzahl von Personen bestehenden Verhältnisse kennt, diese aber kennen müßte, und daß mit repräsentativer Rechtstatsachenermittlung durch Befragen die Gesetzgebung wesentlich verbessert werden kann.

Um bei der Darstellung an Hand dieses Gesetzes zu bleiben: Das BDSG ist bekanntlich von Merkmalen wie „berechtigte Interessen", „schutzwürdige Belange", „erforderlich" und „kein Grund zu der Annahme besteht" geprägt. Um zu dokumentieren, in welch' hilflose Lage der Rechtsuchende bei einer solchen Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe nach den bisherigen Erfahrungen häufig geraten kann, reichen schon diese Hinweise aus:

Einerseits betont ein Kommentar[9]:

„Der Anwendungsbereich der ‚berechtigten Interessen' beginnt deshalb erst dort, wo sich der Informationsprozeß nicht unter Beteiligung des Betroffenen vollziehen kann. Nur unter dieser Voraussetzung kann die Einwilligung nach § 3 ihre vom Gesetz vorgesehene Funktion auch wirklich erfüllen."

Nach dieser Rechtsauslegung des Begriffes „berechtigte Interessen" können die Erlaubnisnormen des BDSG, insbesondere die §§ 11, 24, 32 nur verhältnismäßig selten angewandt werden.

Andere Schriftsteller vertreten eine diametral entgegengesetzte Ansicht. Bei diesen entgegengesetzten Auslegungen handelt es sich nicht etwa um irgendwelche unwissenschaftliche Äuße-

8 Repräsentative Rechtstatsachenermittlung würde nach den bis jetzt vorliegenden Erfahrungen voraussichtlich zu dem Ergebnis führen, daß in einem Eröffnungsabschnitt des Gesetzes dieser Schlüssel (jetzt § 3 BDSG) zusammen mit einigen jetzt in § 1 BDSG enthaltenen Prinzipien herausgestellt werden müßte.

9 *Simitis*, u. a., a.a.O. 1. Aufl., RdNr. 31 zu § 24, ähnlich 3. Aufl. RdNr. 32.

rungen. Vielmehr gehen die Vertreter der einen wie der anderen Ansicht wissenschaftlich vor. Außerdem gehören oder gehörten sie sogar gleichermaßen öffentlichen Datenschutz-Stellen an. Von der beruflichen Aufgabenstellung her ist somit von vornherein ein Gegensatz ausgeschlossen. Dennoch sind die Auslegungen geradezu spiegelverkehrt. Der zuerst zitierten Rechtsauslegung steht z. B. diametral entgegen[10]:

„Als ‚berechtigtes Interesse' wird jedes von der Rechtsordnung geschützte vernünftige Interesse an der Kenntnis der Daten angesehen. Hierzu gehören wirtschaftliche ebenso wie ideelle Interessen. Ein berechtigtes Interesse fehlt demnach lediglich bei Datenanforderungen für rechtswidrige Zwecke und bei mißbräuchlichen oder unsinnigen Datenwünschen."

Der Gegensatz kommt auch durch diese Rechtsauslegung zum Ausdruck[11]:

„Eine allgemeine Bindung privater Datenverarbeitung an die Zustimmung oder Einwilligung des Betroffenen wäre verfassungswidrig... In der Praxis spielt der Einwilligungsvorbehalt ohnehin nur eine geringe Rolle, da die sonst noch in § 3 BDSG genannten Zulässigkeitstatbestände ‚durch dieses Gesetz oder andere Gesetze' so weit gefaßt sind, daß eine ausdrückliche Einwilligung in der Datenverarbeitung fast immer entbehrlich ist."

Während somit der zunächst zitierte Experte die Ansicht vertritt, grundsätzlich müsse die Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden, erklärt die Gegenansicht – sogar unter Hinweis auf die Verfassung – „in der Praxis spiele der Einwilligungsvorbehalt ohnehin nur eine geringe Rolle".

Wenn jedoch allein schon innerhalb auch nur eines unbestimmten Rechtsbegriffs derart entgegengesetzte Rechtsauslegungen möglich sind, wie soll der Rechtsuchende, der Richter und der sonstige „Rechtsstab" dann überhaupt mit einem Gesetz zurechtkommen, mit einem Gesetz, das von solchen unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt wird? Die sich daraus ergebenden verfassungsrechtlichen Bedenken unterstreichen unter solchen Umständen nur noch, daß versucht werden müßte, mit Hilfe repräsentativer Rechtstatsachenermittlung durch Befragen die gesetzliche Regelung möglichst bestimmt zu fassen.

5 Feststellung und Abwägung der Interessen und Bedürfnisse

Die Gesetzgebungsschwemme wird zu einem erheblichen Teil durch eine zu große Nachgiebigkeit des Gesetzgebers und eine zu geringe Fähigkeit des Gesetzgebers zur Auswahl verursacht. Diesen Aspekt hat die Gesetzgebungslehre schon eindrucksvoll herausgestellt. Noll[12] führt beispielsweise aus:

„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."

10 *Weigert*, Datenschutz und Datenübermittlungen an nicht-öffentliche Stellen, in: Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv, 1980, 13 ff. (21).

11 *Schweinoch*, Fortschritte im Datenschutz, in: Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv, 1980, 1 ff. (6 und 8).

12 Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973, S. 141. Zuletzt zu diesem Thema *Mengel* a.a.O., S. 155.

Die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen ist auch dazu berufen, diese Gefahr zu verringern[13].

6 Die Prognose und die Vermeidung unerwünschter Nebenwirkungen

Wer das Thema in diesem Zusammenhang liest, hat vermutlich die Notwendigkeit repräsentativer Rechtstatsachenermittlung schon entdeckt.

Wie nötig diese „Entdeckung" ist, läßt sich ebenfalls mit dem BDSG veranschaulichen. An diese unerwünschten Folgen bspw. hat der Gesetzgeber, soweit bekannt, nicht gedacht:

In der Praxis zeigt sich immer wieder, daß öffentliche Stellen Daten nicht übermitteln wollen, obwohl sie dürften. Die Argumentation der öffentlichen Stellen lautet dann aber meist nicht, man sei zwar befugt, man wolle aber nicht. Vielmehr behaupten die öffentlichen Stellen, die Daten dürften nicht übermittelt werden. In der Regel berufen sich die öffentlichen Stellen auf einen der unbestimmten Rechtsbegriffe, wie „berechtigte Interessen", „schutzwürdige Belange beeinträchtigt". Meistens wäre es – schon aus Zeitgründen – müßig, einen Prozeß zu führen. So ist es tatsächlich möglich, sich erfolgreich hinter dem Datenschutz zu verschanzen.

Die Weigerung einer Datenübermittlung durch öffentliche Stellen nimmt Formen an, die nicht mehr hingenommen werden können und die nach den Erfahrungen des Verf. mit repräsentativer Rechtstatsachenermittlung durch Befragen auch in ihrer Bedeutung vorhergesehen werden konnten. Zum Beispiel:

Ein Institut hatte sich mit Schreiben vom 4. 5. 1982 an die (dem Verf. namentlich bekannte) Stadt G. gewandt. Es hat in diesem Schreiben im einzelnen dargelegt, daß es datenschutzrechtlich zulässig ist und im öffentlichen Interesse liegt, bestimmte Adressen an das Institut zu übermitteln. Das Institut konnte sich auf die Unbedenklichkeitsbescheinigung eines Ministeriums und ein Empfehlungsschreiben eines Bundesministers berufen. In dem Schreiben des Bundesministers wurde eingehend dargelegt, daß es sich um ein im öffentlichen Interesse liegendes Forschungsvorhaben handelt. Das Institut ergänzte in seinem Brief vom 4. 5. 82 schließlich: „Unter mehreren hundert Gemeinden, die wir im Rahmen dieses Forschungsprojekts angeschrieben haben, wäre die Stadt G. die einzige, in der eine Stichprobenziehung aus diesem Grund nicht möglich sein sollte."

Auf dieses – sehr höflich gehaltene – Schreiben antwortete die Stadt G. doch tatsächlich, mit Schreiben vom 12. 5. 82:

„Ihre Drohung, die Stadt G. später als Ausfall zu registrieren, bestätigt uns, daß wir unsere Ablehnung zu Recht getroffen haben.
Wir bedanken uns schon im voraus für die ehrenvolle und werbewirksame Nennung."

In der Praxis wirkt sich als Nebenwirkung des BDSG z. B. aus: In Teilen der Bevölkerung prägt sich das Datenschutzrecht teilweise schon in dem Sinne ein, daß überhaupt keine Ansichten mehr geäußert und beispielsweise keine Interviews zu Rechtstatsachenforschungsuntersuchungen mehr gegeben werden sollten. Es gibt mittlerweile sogar schon genügend Fälle, in denen Befragte aufgrund eines falschen Daten-

13 Die Begründung ergibt sich natürlich aus den Ausführungen oben S. 24 f.

schutzverständnisses die Kriminalpolizei eingeschaltet haben und die Kriminalpolizei korrekte Studien als strafrechtsverdächtig weiterverfolgt hat[14].

Eine andere unbedachte Folge, ebenfalls unnötig die empirische Forschung behindernd:

Ein Institut führte im Auftrag des Bundesministers für Forschung und Technologie eine repräsentative Erhebung durch. Dazu bedurfte es der Adressenziehung aus Einwohnermelderegistern. Die Stadt B.[15] schrieb dem Institut am 22. 9. 1982:

„In der Anlage erhalten Sie die Liste mit den Namen der repräsentativen Stichprobe. Das Statistik-Formblatt ist ebenfalls ausgefüllt diesem Schreiben beigelegt.
Die Auskunftserteilung erfolgt unter folgenden Auflagebedingungen:
a) Die Befragung ist schriftlich durchzuführen.
b) Die Betroffenen sind über Zweck und Form des Forschungsvorhabens aufzuklären..."

Die Stadt B. machte dem Institut somit u. a. zur Auflage, die Befragung schriftlich durchzuführen; ein ungerechtfertigter Eingriff in die Forschungsfreiheit. Genauso wenig gerechtfertigt[15a] ist es, die Aufklärung „über Zweck und Form des Forschungsvorhabens" in dieser generellen Form zu verlangen.

Schließlich ein Beispiel aus dem Datenschutzrecht im weiten Sinne. Ein Ministerium eines Bundeslandes beauftragte ein Institut mit der Durchführung einer Sozialforschungsstudie. In einem Anschreiben legte das Ministerium dar, daß – worauf es ja nach dem Meldegesetz ankommt – ein öffentliches Interesse an der Durchführung bestehe. Eine in eben diesem Bundesland gelegene Gemeinde verweigerte jedoch die Übermittlung der zur Befragtenauswahl erforderlichen Daten. Es kam zu einer Fachaufsichtsbeschwerde. Selbst das Landratsamt vertrat noch in einem Schreiben vom Oktober 1983 die Ansicht, die Gemeinde habe die Übermittlung „aufgrund der zu dünnen Personaldecke" verweigern dürfen. Man muß sich vergegenwärtigen:

Ein Gesetz führt in gutem Glauben auf sachgerechte Entscheidungen den Begriff „öffentliches Interesse" ein. Die Verwaltung wendet diese Begriffe jedoch in einer Art und Weise an, die mit den Vorstellungen des Gesetzgebers nichts zu tun haben. Mit

14 Allein der Verf. hatte ca. zehn derartige Fälle zu bearbeiten. Dieses polizeiliche Einschreiten hat noch einen anderen wesentlichen, nachteiligen Aspekt: Befragte wenden immer wieder ein, einerseits würden auch sie selbstverständlich den seriösen Instituten voll vertrauen; auch sie würden insbesondere annehmen, daß die Antworten vertraulich behandelt und anonymisiert werden würden; andererseits bestehe nach ihrer Einschätzung aber doch die Gefahr, daß sich Polizeiorgane die Daten verschafften. Beispielsweise haben sich Richter in diesem Sinne aus Anlaß der Repräsentativumfrage unter jungen Juristen geäußert, die dem Buch von *Heldrich/Schmidtchen*, Gerechtigkeit als Beruf, München 1982, zugrunde liegt. Schon im Hinblick auf solche schwerwiegenden Bedenken reagieren die Institute mit Recht allergisch gegen polizeiliche Anfragen. Sie verwehren bereits den Eintritt ins Institut. Sofern Gespräche erforderlich sind, werden die Gespräche telefonisch oder – ohne Unterlagen – in den Räumen des Anwalts geführt. Außerdem stellen sie im Rahmen der Datensicherung (vgl. § 6 BDSG) sicher, daß die Antworten nicht deanonymisiert werden können. Darüber hinaus hat sich erstmals im November 1983 ein Institut an die Datenschutz-Aufsichtsbehörde mit der Bitte um Schutz gegen polizeiliche Anfragen gewandt.

15 Der Name der Stadt ist dem Verf. bekannt.

15a Zum Problem der informierten Einwilligung in der empirischen Forschung, vgl. *Schweizer* an dem in Fußn. 18 (MARKETING und Zentes) a.O.

repräsentativer Rechtstatsachenermittlung hätte schon vor Einführung des Gesetzes festgestellt werden können, daß solche Begriffe derart mißverstanden werden[16].

7 Nachkontrolle

Die Gesetzgebung kennt – die nächste Fehlerquelle also – keine systematische Nachkontrolle.

Von repräsentativen Erkenntnissen im Sinne einer Nachkontrolle ist die Gesetzgebung weiter entfernt, als man vielleicht zunächst annehmen möchte. Wer die Kommentatoren z. B. zum BDSG genauer betrachtet, wird feststellen, daß sie weit überwiegend, nahezu ausschließlich bei öffentlichen Stellen tätig sind. Kommentatoren, die das Datenschutzrecht aus der Sicht der betroffenen nicht-öffentlichen Stellen erleben, verschwinden gegenüber der Überzahl der bei öffentlichen Stellen tätigen Kommentatoren. Es läge unter solchen Umständen nahe, wenigstens im Novellierungsverfahren besonders intensiv die Erfahrungen nicht-öffentlicher Stellen zu ermitteln und deshalb umfassend repräsentativ nachzukontrollieren. Das Novellierungsverfahren sieht aber ganz anders aus. Anfang des Jahres 1982 „wurden die Zielvorgaben in einer Sitzung der Herren Bull (BfD), Hirsch (FDP, MdB), von Schoeler (FDP, MdB, ParlStS) und Simitis (hess. DSB) ausgehandelt"[17]. Zur Aushandlung der Zielvorgaben wurden also gleich von vornherein diejenigen ausgeschaltet, welche aus der Erfahrung der nicht-öffentlichen Stellen berechtigte Ziele hätten vortragen können. In dem daraufhin am 31. 3. 1982 vorgelegten Referentenentwurf finden sich sogar überwiegend Formulierungen, die man zuvor als Rechtsauslegung im Kommentar eines der zugezogenen Experten nachlesen konnte. Bei diesen, aus dem Kommentar in den Referentenentwurf übernommenen Formulierungen und Ansichten handelt es sich aber um besonders umstrittene Auslegungen.

Wer meint, in der Rechtspraxis würden solche Fehler aber doch noch auf anderem Wege, ohne repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen, mit Hilfe von sachkundigen Stellungnahmen ausgemerzt, täuscht sich[18].

---

16 Rechtsmittel können nicht abhelfen. Aus methodischen Gründen müssen die Studien innerhalb eines möglichst kurzen Zeitraums abgewickelt werden.

17 Zeitschrift Datenschutz-Berater (DSB) 1982, Heft 7, S. 14. Das Symposium der Hessischen Landesregierung „Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat" (Wiesbaden 1984) sparte bei den vorbereitenden Umfragen genauso die Stellen des 3. und 4. Abschnitts des BDSG im wesentlichen aus.

18 Vgl. die ausführlichen Darstellungen *Schweizer*, DB 1979, 1733 ff., 1781 ff. (1782 r. Sp., 1783, Entstehungsgeschichte), in MARKETING Zeitschr. f. Forschung und Praxis 1983, 285 ff. und in *Zentes* (Hrsg.), Neue Informations- und Kommunikationstechnologien in der Marktforschung (1984), 142 ff.
In den zuletzt genannten Veröffentlichungen wird im einzelnen auch dargelegt, daß in der weiteren Diskussion zur Novellierung die eingehenden und begründeten Einwände des Deutschen Wissenschaftsrats, der Deutschen Forschungsgemeinschaft und des Arbeitskreises Deutscher Marktforschungsinstitute unbeachtet blieben.

3. Kapitel: Die Problementdeckung in der Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Schuldrechts

1 Warum die Problementdeckung ein Problem ist

Im Schuldrecht steht die Problementdeckung in der Rechtsanwendung noch am Anfang. Kennzeichnend ist der bereits im Ersten Abschnitt erwähnte Aufsatz von Schneider[1]. Im Anschluß an die bei Schneider dargestellte Problematik läßt sich feststellen:

Es besteht zu vielen Einzelfragen – z. B. zur Geldentschädigung wegen Vereitelung von Nutzungsmöglichkeiten – ein Präjudizienwirrwarr. Zurückzuführen ist dieser Präjudizienwirrwarr oft darauf, daß unerkannt bleibt: Abzustellen ist im konkreten Fall ausschließlich oder unter anderem auf die bei einer Vielzahl von Personen oder Gegenständen bestehenden Verhältnisse. Der Einzelne kann diese Verhältnisse von sich aus nur unzuverlässig ermitteln. Evtl. repräsentiert er nur eine Minderheit, meint jedoch, so, wie er, würden fast alle handeln[2].

Nach den Erfahrungen des Verf. wird die Problematik meist deshalb nicht entdeckt:

Richter, Anwälte und der sonstige Rechtsstab unterscheiden noch nicht häufig genug zwischen den Phasen des Entscheidungsprozesses, also zwischen den einzelnen Arbeitsschritten. An dieser Stelle interessiert vor allem die Unterscheidung zwischen Definitions- und Durchführungsphase. Selbst im, was die Rechtstatsachenermittlung anbetrifft, fortgeschrittenen Wettbewerbsrecht[3] hat es verhältnismäßig lange gedauert, bis die Notwendigkeit einer Unterscheidung dieser beiden Phasen entdeckt wurde. Bezeichnend ist, daß die Rechtsprechung bis zur Zählkassettenentscheidung[4] die Feststellung der Verwechslungsgefahr insgesamt als nachprüfbare Rechtsfrage betrachtete.

Die unzureichende Unterscheidung zwischen den Phasen des Forschungsprozesses, somit der einzelnen Arbeitsschritte, ist nach den bisherigen Erfahrungen des Verf. auch dadurch beeinflußt, daß sich Juristen auf dem hier interessierenden Gebiet bewußt oder unbewußt dazu berufen fühlen, alles alleine zu beurteilen. Natürlich wird jeder Jurist, auf eine solche Frage angesprochen, antworten, er sei sich bewußt, daß

- die Kenntnisse und Fähigkeiten, die Einstellung und das Verhalten anderer berücksichtigt werden müßten und
- er diese bei anderen bestehenden Verhältnisse nur unzuverlässig kenne.

Die Problematik wird aber schon verständlicher, wenn man nachforscht: Ist sich ein Richter oder ein Anwalt bewußt, daß er bei seiner Vorstellung von der Einstellung und dem Verhalten anderer u. U. nur von einer Minderheit ausgeht? Welcher Jurist kann sich schon vorstellen, daß er mit seiner Vorstellung gar „völlig danebenliegen" könnte. Man braucht ja nur an die schon erwähnte Entscheidung des Patentamts zu denken, nach der das Wort „Morelia" bei einem großen Teil der deutschen Bevölke-

1 MDR 1983, 20 f. vgl. zu dieser Fundstelle auch schon oben S. 17 Fußn. 20.
2 Ausführlich dazu oben S. 18 ff.
3 Vgl. dazu eingehender S. 21 f.
4 GRUR 1954, 121 ff. Ausdrücklich wird aber bis heute noch nicht zwischen „Definitions- und Durchführungsphase" unterschieden, nur der Sache nach.

rung als Name einer mexikanischen Stadt bekannt sein soll[5]. Wer aber sowieso meistens alles selbst am besten weiß, braucht nicht zu entdecken, daß er unterscheiden und u. U. einen Sachverständigen hinzuziehen müßte. Der Verf. beobachtet seit Jahren zu dieser Problematik und stellt fest, daß Juristen insbesondere zu solchen Tatbeständen wie „Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise" und wie „Verkehrsauffassung" so gut wie immer davon überzeugt sind, sie verkörperten geradezu diese Wertvorstellungen und die Verkehrsauffassung; jedenfalls bei Bereichen, die sie selbst betreffen[6].

Man braucht sich unter solchen Umständen nicht zu wundern, wenn der Jurist bei ihm vertrauten Begriffen aus Rechtsgebieten wie dem Schuldrecht die Notwendigkeit einer Rechtstatsachenermittlung verkennt.

Ein System zur Problementdeckung existiert noch nicht. Zur Zeit muß man sich erst noch darauf konzentrieren zu entdecken, daß die Problementdeckung ein Problem ist. Vgl. aber den ersten Versuch S. 20 f.

2 Grenzen, insbesondere: Berücksichtigung des Aufwands repräsentativer Rechtstatsachenermittlung

Diese einführenden Bemerkungen bedeuten nicht, daß immer repräsentative Rechtstatsachenermittlung betrieben werden müßte, wenn die Einstellung und das Verhalten oder sonstige Verhältnisse anderer rechtserheblich sind. In diesem Zusammenhang (Beispiele zur Problementdeckung) interessieren diese Ausnahmen nicht. Sie betreffen erst die Formulierung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife, vgl. ausführlich unten S. 68 ff. und schon kurz oben S. 20. Sie werden systemwidrig hier vorab schon erwähnt, weil an dieser Stelle jeder an sie denken wird. Also kurz: Besondere Gründe können der Durchführung einer repräsentativen Rechtstatsachenermittlung entgegenstehen. Als solche besonderen Gründe sind u. a. denkbar: der Aufwand der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung; die Schwierigkeit der Tatsachenermittlung, die Selbständigkeit der Rechtswissenschaft gegenüber anderen Wissenschaftsbereichen[7]. Ein Teil des Schrifttums will solche Einwände allerdings mit beachtlichen Gründen grundsätzlich außer acht lassen, also weitgehend auch repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen verlangen[8].

---

5 Vgl. oben S. 19.

6 An die Argumentation, daß es nicht auf die Allgemeinheit und auf beteiligte Verkehrskreise ankommen könnte, wird zu dieser Zeit noch nicht gedacht. Zu einer dahingehenden Überlegung gelangen die befragten Juristen in aller Regel erst dann, wenn sie merken, daß sie Ernst machen müßten mit der Erklärung, es komme auf die Vorstellungen und Auffassungen anderer an. Zu der in diesem Abschnitt erörterten Problematik gibt es noch keine zuverlässigen, repräsentativen Rechtstatsachenermittlungen. Es fehlt also auch insoweit an repräsentativer Rechtstatsachenforschung. Zur Zeit muß dementsprechend auf weniger zuverlässige Erkenntnisquellen, wie z. B. die langjährige Beobachtung durch einzelne Interessierte, zurückgegriffen werden.

7 Ausführungen im Anschluß an *Schweizer*, WRP 1975, 408 ff. (409 bis 411) und ausführlicher *Schweizer*, Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 1976, 386 ff. (394 bis 400).

8 Vgl. z. B. das herausragende Werk von *Opp*, Soziologie im Recht, Reinbek 1973, S. 60 f., wo das Argument des hohen Aufwandes bei der Anwendung der Soziologie abgelehnt wird. Auch ein so an der Praxis orientierter Kommentar wie *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbs-

Inwieweit solche Einwände (wie Aufwand einer Studie) zu berücksichtigen sind, entscheiden die – auch sonst – für die Definition des Problems geltenden Grundsätze, bei der Rechtsanwendung somit die Auslegungsgrundsätze[9]. Im Rahmen dieser Auslegung muß dann insbesondere beachtet werden, daß die Beteiligten nicht überfordert werden dürfen. Es gewinnen somit vor allem auch solche objektiv-teleologischen Auslegungsgrundsätze Bedeutung wie das argumentum ad absurdum und das argumentum e contrario. Selbst wenn im Einzelfall keine repräsentative Rechtstatsachenermittlung betrieben wird, weil solche Einwände ausschlaggebend sind, muß der Grund für die Nichtberücksichtigung repräsentativer Rechtstatsachenermittlung erkannt werden. Die Beteiligten sind sich dann nämlich – wenn sie das Problem erkannt haben – zumindest bewußt, worauf Unsicherheiten, Meinungsverschiedenheiten zurückzuführen sind: auf das Fehlen repräsentativer Rechtstatsachenermittlung. Häufig bewirkt diese Entdeckung, daß – mangels einer Repräsentativ-Studie – wenigstens weniger zuverlässige Rechtstatsachenermittlung betrieben wird. So hat z. B. eine solche Entdeckung in einem jetzt beim OLG München abgeschlossenen Verfahren[10] dazu geführt, daß das Gericht eingehend Kollegen über deren Eindruck zu einer bestimmten Bezeichnung befragte. Diese Befragung zeigte, daß mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Irreführung i. S. des § 3 UWG vorlag. Das erstinstanzliche Gericht hatte dagegen von einer solchen nicht-repräsentativen Befragung im Kollegenkreis abgesehen und eine Irreführungsgefahr verneint.

3 Beispiele (zur Rechtserheblichkeit der Einstellung und des Verhaltens Dritter und damit zur Problementdeckung)

3.1 Auslegung eines Mietvertrages nach §§ 133, 157, 242 BGB

Das Urteil des BGH vom 12. 12. 53 ist[11] für die Problementdeckung im Schuldrecht vielfach von Bedeutung. Der BGH hatte sich mit dem Rechtsstreit des Eigentümers eines Düsseldorfer Geschäftshauses und dessen Mieter zur Anbringung von Neonleuchtbuchstaben an der Außenwand zur Werbung zu befassen. Der Mietvertrag enthielt zur Verwendung der Außenwand als Werbefläche durch den Mieter keine Regelung. Demnach mußte der Mietvertrag nach §§ 133, 157, 242 BGB (eventuell noch § 346 HGB) ausgelegt werden. Der BGH führte aus:

---

recht, 14. Aufl., München 1983, führt zum wichtigsten Hindernis (dem Aufwand) in RdNr. 117 zu § 3 UWG aus: „Die dadurch (durch die Einholung eines Gutachtens eines Marktforschungsinstituts) entstehenden Kosten rechtfertigen die Ablehnung einer Meinungsbefragung nicht, es sei denn, daß sich auf einem anderen Wege, der weniger kostet, das gleiche Ziel erreichen läßt, z. B. durch eine Umfrage bei Industrie- und Handelskammern."

9 Rechtsprechung und Literatur gibt es zu dieser Feststellung, soweit ersichtlich, noch nicht. Es ist jedoch nicht erkennbar, warum ausnahmsweise diese Grundsätze hier nicht gelten sollten. Daß auf diesen Aspekt bisher noch nicht ausdrücklich hingewiesen wurde, wird daran liegen, daß bis jetzt eine systematische Darstellung und damit eine konsequente Einordnung (in den Arbeitsschritt: Definition des Problems) fehlen. Vgl. dazu das Kapitel „Zuständigkeitsüberschreitungen durch Einordnung der Problematik in die Durchführungsphase statt in die Definitionsphase" (S. 59 ff.).

10 Az.: 6 U 1718/82.

11 LM Nr. 1 § 157 (B) BGB.

„Die Verkehrssitte ist keine Rechtsnorm, sondern die den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung. Sie kann daher auch örtlich verschieden sein... Von einer Verkehrssitte kann nur dann die Rede sein, wenn sich bei allen an dem betreffenden Zweige des Verkehrslebens beteiligten Kreisen einheitliche Anschauungen herausgebildet haben. Es kommt also mit darauf an, wie in Kreisen der Mieter von Geschäftsräumen die Dinge angesehen werden."

Dieses Urteil dokumentiert somit insbesondere, daß die Vorstellungen des Richters nicht die Verkehrssitte bilden, sondern daß es eben auf die Anschauungen Dritter, „aller an dem betreffenden Zweige des Verkehrslebens beteiligten Kreise", ankommt.

3.2 Die Berücksichtigung der Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise nach § 242 BGB

Zu § 242 BGB wird bekanntlich üblicherweise erläutert[12]:

„Durch die Verwendung des Begriffs ‚Treu und Glauben' will § 242 im Rahmen seiner Wirkungsmöglichkeiten den in der Gemeinschaft herrschenden sozialethischen Wertvorstellungen Eingang in das Recht verschaffen... Der Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben ist daher **an den im Bewußtsein der Gemeinschaft oder der beteiligten Verkehrskreise** (z. B. Kaufleute, Landwirte) verankerten Anschauungen von Recht und Gerechtigkeit auszurichten... Die **Verkehrssitte** als tatsächliche Übung in den beteiligten Verkehrskreisen **gibt dabei Anhaltspunkte** für das, was Treu und Glauben entspricht."

Von allen Streitfragen abgesehen, die sich hier auftun, steht jedenfalls fest:

In einem in Rechtsprechung und Schrifttum noch nicht abschließend geklärten Ausmaß müssen die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise berücksichtigt werden[13].

3.3 Generell, unabhängig von § 242 BGB: Einbeziehung der Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise

Generell sollen die Gerichte nur dann entgegen den Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise entscheiden, wenn besondere Gründe

12 *Palandt*, 44. Aufl., Anm. 1 c zu § 242.

13 Vgl. zu diesem Problemkreis ausführlich *K. Lüderssen* u. a., Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, Baden-Baden 1978.
Wenn in der Praxis die Problematik bis zu dieser Stelle vertieft wird, wird – erstaunlicher- oder bezeichnenderweise; je nachdem, aus welcher Sicht man die Problematik sieht – der Einwand geäußert, man dürfe wohl doch nicht die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise berücksichtigen. Stets wird dann auch gleich noch in diesem Zusammenhang nach den Erfahrungen des Verfassers auf die Probleme der Todesstrafe hingewiesen. Zu solchen Einwänden läßt sich nur erwidern: Wer die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der Beteiligten regelmäßig nicht berücksichtigen will, muß § 242 BGB ändern oder wenigstens im Wege der Rechtsauslegung nachweisen, daß es auf diese Wertvorstellungen nicht ankommt. Aber selbst wenn ein solcher Nachweis gelingen würde, würde das noch nicht bedeuten, daß die Einstellung und das Verhalten Dritter nicht zu berücksichtigen sind. Denkbar ist z. B., daß die Vorstellungen der – was immer das auch sein mag – verständigen Betroffenen nach der Rechtsauslegung maßgeblich sein sollen. Die Vorstellungen Dritter wären erst dann nicht mehr zu berücksichtigen, wenn die Rechtsauslegung ergeben würde, daß ausschließlich nach der Vorstellung des für den einzelnen Rechtsstreit zuständigen Gerichts entschieden werden soll. Soweit ersichtlich, wird eine solche Rechtsauslegung heute nicht mehr vertreten, und die Tendenz geht auch nicht etwa in diese Richtung.

dies verlangen. An dieser Stelle bedarf es keiner Vertiefung der Problematik. Es reichen solche allgemeinen Überlegungen aus, wie[14]:

„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."

Oder, wie es das BVerfG in seinem Grundsatzurteil vom 15. 1. 1958[15] ausgedrückt hat:

„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."

3.4 § 276 BGB

Daß zur Fahrlässigkeit auf das Verhalten Dritter abzustellen ist, versteht sich von selbst. Bekanntlich sind die Sorgfaltsanforderungen nach dem jeweiligen Verkehrskreis zu bestimmen[16].

3.5 Fehler i. S. des § 459 BGB

Schon das RG hatte zu § 459 entschieden, daß es zum Tatbestandsmerkmal „erheblicher Fehler" auf die Verkehrsanschauung ankommt (und nicht auf die subjektive Ansicht des Käufers oder des im Einzelfall zuständigen Richters)[17]. Die Problemerkennung gewinnt in der Praxis größere Bedeutung, als vielleicht angenommen wird und aus den Lehrbüchern und Kommentaren entnommen werden kann. So fehlen in der veröffentlichten Rechtsprechung und Literatur hinreichend klare Äußerungen zur Beurteilung von Bauerwartungsland: Stellt es einen „erheblichen Fehler" i. S. des § 459 dar, wenn landwirtschaftlicher Grund als Bauerwartungsland verkauft wurde? Das LG München I (23 O 1180/82) ging in einem Rechtsstreit auf den Aspekt, daß auf die Verkehrsanschauung abzustellen sei, nicht einmal ein und verneinte § 459. Das OLG München (20 U 2913/82) erkannte das Problem, deutete an, es nehme an, daß ein „erheblicher Fehler" vorliege, und wies dann aber aus anderen Gründen ab. – In einem beim Landgericht Frankenthal (Aktenzeichen: 5 O 418/83) schwebenden Rechtsstreit gingen die Meinungen darüber auseinander, nach welchen Kriterien die

14 *Enneccerus-Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., § 56 III. Erheblich eingehender stellen *Lüderssen* und *Teubner* a.a.O. (Fußn. 13) mit weiteren Hinweisen die Problematik dar.

15 NJW 1958, 257.

16 *Palandt* a.a.O., Anm. 4 B b zu § 276.

17 Heute allgemeine Meinung, vgl. z. B. *Palandt* a.a.O., Anm. 3 zu § 459: „Der Fehler kann in körperlichen (physischen) Eigenschaften oder in solchen (voraussichtlich andauernden) tatsächlichen, rechtlichen, sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen zur Umwelt liegen, die **nach der Verkehrsauffassung** Wert und Brauchbarkeit der Kaufsache unmittelbar beeinflussen (allgemeine Meinung)." Hervorhebung durch den Verf.

Wände von Squash-Anlagen beurteilt werden müssen: Reicht es aus, daß seit sechs Jahren unbeanstandet gespielt wird, erfolgreich und ohne jede Kritik Turniere durchgeführt wurden und für die Zukunft keine Besonderheiten zu erwarten sind, oder müssen unbedingt darüber hinaus bestimmte technische Merkmale erfüllt sein?

3.6 „Kostbarkeiten", § 372 BGB

Was unter Kostbarkeiten im Sinne des § 372 BGB zu verstehen ist, richtet sich unbestritten nach der „allgemeinen Verkehrsanschauung"[18].

3.7 § 824 BGB

Zur Schadensersatzpflicht nach § 824 BGB wegen Geschäftsschädigung entscheidet sich die Frage, ob eine Tatsache der Wahrheit zuwider behauptet worden ist, nach allgemeiner Meinung danach, wie die beanstandete Mitteilung vom Empfängerkreis (also nicht nur von einem Richter) unbefangen verstanden wird[19].

3.8 § 826 BGB

Bekanntlich wird schon seit RG 48, 114 formuliert, daß gegen die guten Sitten verstößt, wer entgegen dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" handelt.

3.9 § 847 BGB

Letztlich muß auch die nach § 847 zu leistende „billige Entschädigung" die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise berücksichtigen. U. a. aus diesem Grunde sind die Schmerzensgeld-Tabellen gerechtfertigt. Allerdings zeigt gerade auch § 847, daß die Problemerkennung als solche noch nicht ausreicht. Vielmehr muß das Problem noch weiter definiert („operationalisiert") werden[20].

3.10 Tatzurechnung

Ein Kernproblem des heutigen Schadensersatzrechts bildet die sogenannte Tatzurechnung. Der viel diskutierte Musterfall[21]:

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 an-

18 *Palandt* a.a.O., Anm. 1 zu § 372 mit Hinweis auf KG Rpfleger 1976, 316.
19 *Palandt* a.a.O., Anm. 3 zu § 824 mit Hinweis auf BGH WPM 1969, 915.
20 Vgl. dazu unten S. 51 ff.
21 LG Düsseldorf vom 8. 3. 1955, NJW 1955, 1031.

dere Fahrer entschlossen haben, den Grünstreifen zu benutzen und nicht abzuwarten, bis die Unfallstelle geräumt wird. Andererseits haben diese Fahrer den Grünstreifen nur benutzt, weil sich der Unfall ereignet hatte.

Bekanntlich werden unterschiedliche Lösungsansätze vertreten. Nach einem Urteil des BGH vom 24. 4. 1952[22] muß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entschieden werden. Larenz führt z. B. aus[23]:

„Das Urteil (des LG Düsseldorf, 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 oder Antrieb getan haben? ... Das Ergebnis (wenn man entgegen dem LG Düsseldorf keine Haftung für den Grünstreifen-Schaden annimmt) entspricht, meine ich, dem Rechtsgefühl."

Unabhängig davon, welchem Lösungsversuch man den Vorzug geben möchte, immer gewinnen die Einstellung und das Verhalten anderer Bedeutung.

3.11 Beweis des ersten Anscheins im Schadensersatzrecht

Von hier aus ist es, wenn auch in anderer Hinsicht, nur ein Sprung zum Beweis des ersten Anscheins im Schadensersatzrecht. Dieser Sprung empfiehlt sich an dieser Stelle deshalb, weil er zeigt: Gleich, wohin man sich bewegt, auf Schritt und Tritt begegnen dem Juristen Rechtssätze, bei denen er erkennen müßte, daß sie auf die bei einer Vielzahl bestehenden Verhältnisse abstellen und daß der einzelne diese Verhältnisse nur unzureichend kennt.

Dieser Sprung zum Anscheinsbeweis im Schadensersatzrecht empfiehlt sich darüber hinaus auch deshalb, weil er anschaulich die fehlende Problemerkennung im Einzelfall aufdecken kann. Der Leitsatz lautet bekanntlich[24]:

„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**[25]."

Was solche Kriterien wie „Lebenserfahrung" und „Gepräge des Üblichen und Typischen" bedeuten und verlangen, braucht, soweit es hier interessiert, gar nicht mehr hervorgehoben zu werden. So selbstverständlich diese „Entdeckung" im Rahmen dieser Abhandlung auch ist, so – muß man einräumen – selbstverständlich ist es, daß das Problem im Einzelfall gerade nicht erkannt wird. Opp hat aufdeckend nachgefragt[26]:

- Wer hat die Lebenserfahrung denn gesammelt?
- Wer (d. h. welche Art von Personen) wurde befragt oder beobachtet?
- Wie viele Personen wurden befragt oder beobachtet?
- Wie wurden die Personen (bzw. die zu beobachtenden Tatbestände) ausgewählt?

22 NJW 1952, 1010 f.
23 NJW 1955, 1009 ff.
24 Vgl. z. B. *Palandt* a.a.O., Vorbem. 8 vor § 249.
25 Hervorhebungen durch den Verf.
26 Soziologie im Recht, Reinbek 1973, S. 52.

– In welcher Weise wurden die Personen befragt und beobachtet?
– Was genau war das Ergebnis der Lebenserfahrung?

Wann je wurde in einem Gerichtsverfahren, in dem im Rahmen des Anscheinsbeweises eine „Lebenserfahrung" und das „Gepräge des Üblichen und Typischen" angeblich festgestellt wurden, über diese Fragen nachgedacht? Mit anderen Worten, wieder einmal: Zumindest muß man sich der Fragwürdigkeit einer Entscheidung bewußt sein, die auf repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen im Einzelfall verzichtet und sich nach der Erfahrungsspekulation eines einzelnen richtet.

3.12 Geschäftsbedingungen

Bei einem Gesetz, das vor allem auch auf die Interessen des Verkehrs abstellt, muß es sich schon von selbst verstehen, daß fortlaufend die Einstellung und das Verhalten Dritter beachtlich sind. Rechtsprechung und Schrifttum stellen dementsprechend zum AGBG fortlaufend auf die Verkehrsanschauung ab. So z. B. erklärt der Münchner Kommentar in RdNr. 6 zu § 9[27]:

„Weiterhin kommt es für die Prüfung der Angemessenheit einer AGB-Klausel auf die **Anschauungen der Verkehrskreise**[28] an, die regelmäßig an dem Abschluß von Verträgen des streitigen Typs beteiligt sind."

Zu § 2 I Nr. 2 AGBG bspw. führen Rechtsprechung und Schrifttum übereinstimmend aus[29]:

„Aus I Nr. 2 ergibt sich das Gebot, daß die AGB **für den Durchschnittskunden verständlich**[30] sein müssen."

3.13 Rechtsmethodik

Je tiefer man vordringt, desto schwieriger und vielfältiger wird – wie zu erwarten – die Erkennungs-Problematik. Es kann hier nur nebenbei erwähnt werden: Nach Pretests[31] muß man bspw. damit rechnen, daß selbst die Rechtsmethodenlehre – zum Schuldrecht wie zu den anderen Rechtsgebieten – teilweise neu überdacht werden muß. Nach diesen Pretests ist zu vermuten, daß das sog. Gesetz „von der guten Gestalt"[32] auch für das Rechtswesen gilt. Im Anschluß daran ist weiter zu vermuten,

---

27 Verfasser *Kötz*.

28 Hervorhebung durch Verf.

29 Vgl. z. B. *Palandt* a.a.O., Anm. 3d zu § 2 AGBG.

30 Hervorhebung durch Verf.

31 Diese Pretests wurden zur Vorbereitung der Veröffentlichung *Schweizer/ML. Heldrich*, Überhangprovision des Handelsvertreters für sogenannte gestorbene Geschäfte, WRP 1976, 25 ff. durchgeführt; also zu § 87 III HGB.

32 Das „Gesetz der guten Gestalt" ist ein Terminus technicus aus der Gestaltungspsychologie. Gestalt ist die „phänomenologische Bezeichnung für Einheiten in der Wahrnehmung, die Merkmale, Gestaltsqualitäten genannt haben, die nur ihnen, nicht aber den aus ihnen isolierbaren Teilen zukommen", vgl. Wörterbuch der Psychologie, Leipzig 1981, 234. Der Begründer des Gestaltsbegriffs, *Ch. von Ehrenfels*, zeigt in seinem Werk „Über ‚Gestaltsqualitäten'" (1890) am Beispiel der Melodie, daß die Melodie Eigenschaften hat, die den isoliert wahrgenommenen Tönen in der Tonfolge nicht zukommen. Gestaltqualitäten sind nicht aus der Summe der sie konstituierenden Teile erklärbar. Die Gestaltpsychologie wurde ins-

daß der Wortlaut sowie der Sinn und Zweck einer Norm von Gesetzesadressaten nicht in der Weise getrennt wahrgenommen werden, wie das zur Zeit die Methodenlehre und insbesondere die Praxis annehmen. Der Gesetzesadressat wird nämlich bei der Wortinterpretation in bestimmtem Umfange davon geprägt, welchen Sinn und Zweck er der Norm gibt. Folglich steht die strenge Trennung zwischen Wortlaut einerseits sowie Sinn und Zweck andererseits in Frage. Wenn diese Erwartungen bestätigt werden, gelten diese Erkenntnisse aller Voraussicht nach übrigens genausogut für die Vertragsauslegung.

B. Analyse von Rechtsprechung und Literatur

1. Kapitel: Einführung

1 Stellung im Forschungsprozeß

Die Analyse von Rechtsprechung und Literatur interessiert im Forschungsprozeß zum ersten Mal an dieser Stelle[1]. Daß sie deshalb an dieser Stelle abgehandelt wird, darf aber natürlich nicht dazu verleiten, an anderen Stellen des Forschungsprozesses auf eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur zu verzichten.

2 Sinn und Zweck der Analyse von Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtstatsachenforschung kann zur Analyse von Rechtsprechung und Literatur auf den Ausführungen v. Alemann[2] aufbauen. Aufgabe der Analyse von Rechtsprechung und Literatur ist demnach:

„Sie soll einen aktuellen Überblick über den vorhandenen Wissensstand ergeben, sie soll bereits vorhandene Forschungsergebnisse vermitteln, sie soll ein Hilfsmittel für die eigene Hypothesenbildung darstellen und sie soll bereits durchgeführte Forschungen exemplarisch vorführen, insgesamt soll sie also über Ansätze zur Lösung des Forschungsproblems informieren."

Durch die Analyse von Rechtsprechung und Literatur sollen insbesondere diese Fragen geklärt werden:

- Ist das Problem bereits früher untersucht worden?
- Wie haben sich, soweit vorhanden, Rechtsprechung und Literatur bis jetzt geäußert?

---

besondere in den letzten Jahren wiederbelebt durch Forscher wie *W. Metzger* und *E. Rausch*. Die neuere Gestaltpsychologie vertritt nicht mehr die These, daß das Ganze mehr ist als die Summe seiner Teile, sondern daß das Ganze etwas anderes ist, und daß auch den Teilen innerhalb eines Ganzen Eigenschaften (Rollen, Bedeutungen, Funktionen) zukommen, die sie als Einzelgebilde nicht besitzen, vgl. *Paul Tholey*, Gestaltspsychologie in: Handwörterbuch der Psychologie, hrsg. von Asanger und Wenninger, Weinheim und Basel 1980, 181. *Kresch* und *Crutschfield* führen aus, daß unter sonst vergleichbaren Bedingungen Wahrnehmungsreize, die zusammen eine „gute Gestalt" bilden, eine größere Wahrscheinlichkeit haben, gruppiert zu werden. Kriterien der „guten Gestalt" sind z. B. Kontinuität, Symmetrie, Geschlossenheit, Einheitlichkeit, gute Fortsetzung und Kompaktheit; vgl. *Kresch/Crutschfield*, Grundlagen der Psychologie, Bd. 1, Weinheim u. a. 1969, 2. Aufl., S. 80 ff.

1 Vgl. *von Alemann*, Der Forschungsprozeß, Stuttgart 1977.

2 Vgl. Fußn. 1.

3 Spezielle Fehlerquellen bei der Analyse von Rechtsprechung und Literatur in der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung

3.1 Auffindbarkeit von Rechtsprechung und Literatur

Fehler entstehen schon dadurch, daß die Fundstellen stärker verstreut sind als auf anderen Gebieten. Kommentare in dem für Juristen gewohnten Sinne gibt es (noch) nicht. Es besteht also stärker als sonst die Gefahr, daß Rechtsprechung und Literatur übersehen werden. Sie wird solange bestehen, wie kein umfassendes Handbuch der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen vorliegt. Die Ausarbeitung eines solchen Handbuchs wird übrigens dadurch besonders erschwert, daß die sozialforscherische Literatur erst noch gesammelt und systematisiert sowie auf die besonderen Belange der Rechtstatsachenermittlung hin übertragen werden muß[3]. Das gilt um so mehr, als die ausländische Literatur einzubeziehen ist[4].

3.2 Aufbereitung von Rechtsprechung und Literatur

Die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen muß und kann meist auf den Forschungen anderer Bereiche aufbauen. Die Literatur zu diesen anderen Bereichen ist, wenn überhaupt, nur in einigen Teilbereichen für die Bedürfnisse der Rechtstatsachenermittlung aufbereitet. Es kommt hinzu, daß die Aufbereitung der Literatur für die repräsentative Rechtstatsachenermittlung dem Juristen ungewohnte Schwierigkeiten bereitet. Am häufigsten müßte und könnte der Jurist zur Zeit auf die soziologische Literatur zurückgreifen. Diese soziologische Literatur ist für den Juristen aber – schon was die Bibliotheken anbetrifft – schwer zugänglich. Darüber hinaus ist diese Literatur bereits heute verhältnismäßig umfangreich. Das gilt insbesondere für die Literatur zur Befragungstechnik. Der Rechtstatsachenermittler kann hier, wie erwähnt, nicht auf systematische Darstellungen und Fehlerquellen in der Befragungstechnik aufbauen. Er muß erst die soziologische Literatur zu den Fehlerquellen in der Befragungstechnik systematisieren. Insofern wird die Rechtstatsachenermittlung die Literatur zur Tatsachenforschung insgesamt voraussichtlich erheblich bereichern. Das gilt insbesondere für Themen, bei denen sich Fehler in der Rechtstatsachenermittlung krasser auswirken als in anderen Bereichen. Das interessanteste, wichtigste und lehrreichste Beispiel wird auf Jahre hinaus die Abgrenzung der Definitionsphase von der Durchführungsphase sein[5].

3.3 Geheimwissenschaft – Mangelhafte Veröffentlichung von Rechtsprechung und Literatur mit der Konsequenz fehlerhafter Analysen

Schwerwiegende Fehler in der Analyse von Rechtsprechung und Literatur entstehen – viele wird es vermutlich überraschen – zusätzlich dadurch, daß sich die veröffent-

---

3 Vgl. dazu schon oben S. 12 f. Vgl. dazu auch noch gleich anschließend Nr. 3.2.

4 Anders als für die meisten anderen Rechtsgebiete gewinnt die ausländische Literatur – wegen der Gleichartigkeit der Problematik – unmittelbar Bedeutung. So sind beispielsweise Fragen der Abgrenzung zwischen den einzelnen Forschungsphasen „international". Auch was das zur Zeit besonders wichtige Gebiet der Befragungstechnik anbetrifft, kann die ausländische Literatur – trotz der Sprachenunterschiede – weitgehend unmittelbar verwertet werden.

5 Vgl. dazu unten S. 59 ff.

lichte Rechtsprechung und Literatur nicht ausreichend nachvollziehen läßt. Stellenweise muß man sogar feststellen, daß sich der Sachverhaltsermittler auf dem Gebiet der repräsentativen Sachverhaltsermittlung durch Befragen gegenwärtig zum Teil mit Rechtsprechung und Literatur schlechter stellt als ohne sie! Es kommt sogar hinzu: Wer Rechtsprechungs- und Forschungsergebnisse durch Rückfragen überprüfen will, wird stärker behindert, als man annehmen möchte. Beispielsweise verweigern ihm teilweise die Gerichte Auskünfte[6].

2. Kapitel: Dokumentation der Schwierigkeiten bei der Analyse von Gerichtsentscheidungen; dargestellt an Hand der noch unveröffentlichten Mängel des Urteils des OLG Hamburg vom 11. 8. 1977 zum negativen Komparativ: „Es gibt kein besseres Bier"

Bezeichnend für die gesamte Situation ist:

Für das Wettbewerbsrecht ist die repräsentative Rechtstatsachenermittlung, wie mehrfach erwähnt[1], am meisten fortgeschritten. Auf diesem Gebiet wiederum kommt der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung für die Werbung mit einem negativen Komparativ besondere Bedeutung zu. Zu ihr berücksichtigen Rechtsprechung und Literatur regelmäßig ein Urteil des OLG Hamburg vom 11. 8. 1977[2]. Dieses Urteil beruft sich u. a. auch auf eine Studie, die aus befra-

6 Selbst hier zeigt sich, daß Rechtsprechung und Literatur auf dem Gebiet der Rechtstatsachenermittlung noch stark aufzuholen haben. Viele Probleme werden noch nicht diskutiert. Bezeichnend für die Situation ist ein Schreiben des OLG Frankfurt vom 22. 10. 1981. In der Fachliteratur war eine Entscheidung des OLG Frankfurt (Az.: 6 U 140/80) veröffentlicht worden. Sie stützte sich auf eine Umfrage. Der Verf. bat das Gericht, ihm den Fragebogen zur Verfügung zu stellen. Ohne Kenntnis des Fragebogens können nämlich solche Entscheidungen in der Regel nicht zuverlässig beurteilt werden. Das OLG Frankfurt antwortete in seinem Schreiben vom 22. 10. 81: „Zu Ihrer Anfrage vom 14. 10. 1981 teile ich Ihnen mit, daß – möglicherweise – mit dem Fragebogen Urheberrechte ... (folgt Name des Instituts) verbunden sind. Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie die Genehmigung ... (des Instituts) zur Weitergabe des Gutachtens beibringen würden. Ich bin mir im übrigen nicht einmal sicher, ob sich der Fragebogen bei der Akte befindet, da es sich um ein Privatgutachten handelte. – Sobald ... (das Institut) ihr Einverständnis erklärt, ziehe ich die Akte bei und lege sie dem Oberlandesgerichtspräsidenten zur Genehmigung der Ablichtung vor. Im gegenwärtigen Zeitpunkt müßte ich dem Oberlandesgerichtspräsidenten empfehlen, die Genehmigung nicht zu erteilen."
Dieses Schreiben kennzeichnet den Stand der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung hervorragend. Der Brief dokumentiert, daß die Klärung weitreichender Grundsatzfragen noch am Anfang steht; z. B. die Frage der Zulässigkeit der Verwertung von Umfragen. Darüber hinaus macht der Brief offenkundig, daß noch eingehend die Abfassung von Entscheidungsgründen erörtert werden müßte, die Umfragen verwerten. Ferner belegt das Schreiben natürlich das in diesem Abschnitt abgehandelte Thema besonders anschaulich: So praktiziert, kann die Rechtsprechung zur Geheimwissenschaft werden; dann nämlich, wenn einerseits sich das Gericht auf Umfragen beruft und andererseits keine Möglichkeit besteht, die Umfrage zu überprüfen. – Die Gerichte verhalten sich uneinheitlich. Ein abschließendes Urteil kann sich der Verf. aber noch nicht erlauben.

1 Vgl. oben S. 21 f.
2 WRP 1977, 811.

gungstechnischen Gründen unberücksichtigt hätte bleiben müssen. Wer das Urteil studiert, kann aber die Besonderheiten dieser Studie nicht erkennen. Dementsprechend ist bis heute unbekannt geblieben, daß die vom OLG Hamburg aufgeführten Studienergebnisse für das beurteilte Thema unbrauchbar sind. Vielmehr wird dieses Urteil kritiklos hingenommen. Wenn solche Schwierigkeiten bei der Analyse selbst auf diesem Gebiet bestehen, dann sind sie für die anderen Gebiete ebenso zu erwarten.

Da dieses Beispiel auch in den Details am besten geeignet ist, die Probleme im einzelnen zu erläutern, und da es sich um die erste Arbeit dieser Art handelt, werden nachfolgend die Einzelheiten ausführlich dargestellt; insbesondere die Darstellung der Studie im Urteil sowie die befragungstechnischen Besonderheiten.

1 Analyse des Urteils des OLG Hamburg vom 11. 8. 1977 durch das OLG Hamm im Urteil vom 1. 2. 1979

Das OLG Hamm führt in seinem Urteil vom 1. 2. 1979[3] u. a. aus[4]:

„Im Anschluß u. a. an die Ausführungen Kriegers hat weiterhin das **OLG Hamburg, ebenfalls aufgrund einer ihm vorgelegten Meinungsumfrage,** in der negativen Komparativ-Werbung ‚Es gibt kein besseres Bier' eine Alleinstellungsbehauptung gesehen. **Im Hinblick auf die für diese Beispielsfälle negativer Komparativ-Werbung belegte Bedeutung** einer Alleinstellungsbehauptung **erscheint es auch für die hier umstrittene Werbung,** die in ihren für die Verkehrsauffassung maßgeblichen charakteristischen Merkmalen mit den von Krieger und vom **OLG Hamburg behandelten Werbeangaben durchaus vergleichbar ist,** jedenfalls als hinreichend glaubhaft, daß mit ihr für einen zumindest nicht unbeachtlichen Teil des Verkehrs eine Alleinstellung zum Ausdruck gebracht wird."

Das OLG Hamm beruft sich somit im Anschluß an eine Analyse des OLG Hamburg-Urteils auf die vom OLG Hamburg verwertete Studie.

In dieser Art und Weise, also ohne die Mängel festzustellen, erwähnt auch das Schrifttum[5] das Urteil des OLG Hamburg.

2 Die Wiedergabe der Studie im Urteil des OLG Hamburg

Das OLG Hamm konnte in seinem Urteil vom 1. 2. 79 auf diese Ausführungen im Urteil des OLG Hamburg vom 11. 8. 77 zurückgreifen:

„Daß dieser Standpunkt richtig ist, hat die Antragstellerin durch Vorlage des Gutachtens der ... vom Juli 1977 glaubhaft gemacht. Der Senat hält deshalb an seiner früheren Auffassung nicht mehr fest. In einer offenen Befragung bei 2000 Männern und Frauen ab 16 Jahren hat die ... die Verbrauchervorstellungen über die beiden Aussagen a) ‚Es gibt kein besseres Bier' und b) ‚Kein Bier schmeckt besser' ermittelt. Bei dem erstgenannten Werbespruch haben 33% der befragten Personen geantwortet: ‚Das beste Bier, beste Qualität', bei dem zweiten Slogan 29,9%. 1,4 bzw. 3,1% haben weiter erklärt: ‚Besser als andere'. Die Tatsache, daß 3,4% Mehrfach-Nennungen erfolgt sind, fällt gegenüber diesem hohen Prozentsatz von über 34% nicht ins Gewicht. Bei Antwortvorgaben haben sogar 45,8% der befragten Personen bei dem Slogan a) geantwortet: ‚Ist das beste Bier, das es überhaupt gibt' bzw. ‚jedes andere Bier ist nicht so gut', bei dem Solgan b)

3 DB 1979, 1406 ff.

4 Hervorhebungen durch den Verf.

5 Vgl. z. B. *v. Gamm,* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Köln u. a. 1981, RdNr. 33 zu § 3; *Baumbach/Hefermehl,* Wettbewerbsrecht, 14. Aufl., München 1983, RdNr. 68 zu § 3 UWG.

47,2%... Der Prozentsatz von mehr als einem Drittel der befragten Personen, die die negative Komparativ-Werbung als Alleinstellungsbehauptung aufgefaßt haben, ist aber doch so erheblich, daß für die rechtliche Wertung im Rahmen des § 3 UWG von der Behauptung ausgegangen werden muß."

Was will man mehr? Ausführlicher und klarer geht es doch nicht, möchte man meinen. Folglich wird die Praxis bei der Analyse der Rechtsprechung und Literatur für einen weiteren Rechtsstreit, so wie es beispielsweise das OLG Hamm getan hat, auf diese Ausführungen des OLG Hamburg zurückgreifen.

Tatsächlich aber läßt sich die vom OLG Hamm verwertete Studie nicht zur Klärung der Problematik um die Werbung mit dem negativen Komparativ verwerten. Auch das OLG Hamburg hätte diese Studie für den von ihm entschiedenen Sachverhalt nicht verwerten dürfen. Daß bis jetzt noch niemand Bedenken gegen die Ausführungen des OLG Hamburg geäußert hat, ist, wie schon einleitend erwähnt, charakteristisch für den gegenwärtigen Stand der Analyse von Rechtsprechung und Literatur. Je weniger ein Gebiet beherrscht wird, desto unkritischer werden eben scheinbar fundierte, von Autoritäten durchgeführte Ermittlungsergebnisse übernommen. Es offenbart sich also auch aus dieser Sicht: So erfreulich und unbedingt erforderlich der Schritt in die repräsentative Rechtstatsachenermittlung auch ist, so sehr steht die Rechtswissenschaft hier erst am Beginn einer Entwicklung. Selbst der kritikgewohnte Jurist kann häufig nicht erkennen, daß er Gefahr läuft, bei seiner Analyse von Rechtsprechung und Literatur irregeführt zu werden. Das gilt um so mehr, als es auch außerhalb der unmittelbar interessierenden Fragen befragungstechnische Fehlerquellen gibt.

3 Die aus dem Urteil des OLG Hamburg nicht ersichtlichen Fehler zur Verwertung der Studie

Vermutlich wurde die von einer Partei vorgelegte und vom OLG Hamburg verwertete Studie zu einem anderen Thema erstattet.

6–10 Frei.

Der Studie lag dieser Fragebogen zugrunde:

1. (Interviewer: Karte vorlegen*!)
   Haben Sie diese Aussage über eine bestimmte Biermarke schon einmal irgendwo gesehen?
   (1) ja
   (2) nein
2. Ganz gleich, ob Ihnen diese Aussage nun bekannt ist oder nicht, was wird Ihrer Meinung nach damit über die Biermarke behauptet?
   Sagen Sie es mir bitte mit Ihren eigenen Worten!
   (Interviewer: Wörtlich alle Antworten notieren!)

---

3. (Interviewer: Blaues Kartenspiel ungeordnet vorlegen!)
   Man denkt ja nicht immer gleich an alle Möglichkeiten. Auf diesen Kärtchen sind mögliche Bedeutungen dieser Aussage angeführt. Welche davon ist Ihrer Ansicht nach richtig? Sie können auch mehr als eine Bedeutung als richtig ansehen.
   (1) das ist das beste Bier, das es überhaupt gibt
   (2) jedes andere Bier ist nicht so gut
   (3) das sagt nichts über das Bier aus
   (4) das ist ein reiner Werbespruch
4. Trinken oder kaufen Sie Bier:
   - häufig,
   - gelegentlich,
   - selten oder
   - praktisch nie?

   (5) häufig
   (6) gelegentlich
   (7) selten
   (8) praktisch nie

* In der einen Hälfte der Fälle wurde eine Karte mit dem Text „Es gibt kein besseres Bier", in der anderen Hälfte der Fälle eine Karte mit der Aufschrift „Kein Bier schmeckt besser" vorgelegt.

3.1 Die (geschlossene) Frage 3

Die Problematik wird am besten verständlich, wenn man bei der eingehenden Überprüfung mit der Frage 3 beginnt. Ein wichtiger und unverzichtbarer Grundsatz der Befragungstechnik besagt, daß entweder alle Antwortmöglichkeiten vorgegeben werden müssen oder keine Antwortmöglichkeit vorgegeben werden darf. Aus der Sicht der wettbewerbsrechtlichen Problematik zum negativen Komparativ gibt es zumindest diese Antwortmöglichkeiten:

1. Das beste Produkt, alle anderen Produkte sind schlechter.
2. Das Produkt gehört zu der Gruppe der Besten; die Masse der anderen Produkte ist schlechter.
3. Es kann andere Biere geben, die auch gut sind; aber keines dieser Biere ist besser.
4. Ein besseres Produkt gibt es nicht, es gibt aber möglicherweise auch keine schlechteren Produkte.
5. Die Aussage ist zwar ernst gemeint, aber nicht nachprüfbar.
6. Die Aussage will nicht ernst genommen werden, sie will nur auf das Produkt aufmerksam machen.

Hinzu kommt die „Restkategorie", also „weißt nicht", „keine Meinung", „möchte mich dazu nicht äußern" u. a. Durch die Nichtaufführung der Restkategorie im Frageteil haben sich die Nennungen für die Alleinstellungsbehauptung erfahrungsgemäß nochmals erheblich erhöht.

Wer die – oben wörtlich wiedergegebene – Frage 3 genau überprüft, wird feststellen, daß die dort vorgegebenen Antwortmöglichkeiten bei weitem nicht die zur wettbewerbsrechtlichen Problematik erheblichen Antwortmöglichkeiten abdecken. Nach einigem Nachdenken wird er sogar einräumen müssen, daß der Fragebogen der verwerteten Studie nur die erste und die fünfte Antwortmöglichkeit berücksichtigt. Der Fragebogen geht nicht auf das wettbewerbsrechtliche Kernproblem ein, nämlich auf das Problem, ob der Slogan von einem nicht unerheblichen Teil der Werbeadressaten als Spitzengruppen-Behauptung oder als Alleinstellungs-Behauptung aufgefaßt wird.

Mit anderen Worten:

Fraglich ist nach dem gegenwärtigen Stand von Rechtsprechung und Literatur bei der Werbung mit einem negativen Komparativ insbesondere, ob es sich handelt

- um eine Spitzenstellungswerbung oder
- um eine Alleinstellungswerbung.

So heißt es zum Beispiel in einem Kommentar[11]:

„Der negative Komparativ besagt seinem Wortlaut nach, daß die angepriesene Ware nachweislich zur Spitzengruppe gehört; das Vorhandensein gleichwertiger Erzeugnisse wird nicht verneint. Keine Alleinstellung wurde daher angenommen für die Werbung: ‚Tragen Sie nur X-Lodenmäntel, es gibt keine besseren!', da hier nicht behauptet wird, ‚X-Loden' seien die besten...

Ob eine Spitzenstellungs- oder Alleinstellungswerbung vorliegt, beurteilt sich jedoch nicht allein nach dem Wortsinn. Entscheidend ist stets, wie eine Werbeangabe im Verkehr beim flüchtigen Lesen oder Hören aufgefaßt wird. Mit dem negativen Komparativ kann daher im Einzelfall auch eine Alleinstellung zum Ausdruck gebracht werden."

Man kann und sollte im übrigen das Urteil des OLG Hamburg vom 11. 8. 77 selbst zur Verdeutlichung dieses Gegensatzes Spitzengruppenwerbung einerseits und Alleinstellungswerbung andererseits heranziehen. Das OLG Hamburg führt a.a.O. ausdrücklich aus:

11 *Baumbach/Hefermehl* a.a.O. (Fußn. 5).

„In Rechtsprechung und Schrifttum ist die Verwendung des negativen Komparativs daher mehrfach **nur als Spitzengruppenwerbung, nicht aber als Alleinstellungsbehauptung gewertet** worden (vgl. das Urteil des Senats in BB 1971, 1024). Daß dieser Standpunkt richtig ist, hat die Antragstellerin durch Vorlage des Gutachtens glaubhaft gemacht. Der Senat hält deshalb an seiner früheren Auffassung nicht mehr fest."

Damit steht der Tatsachenermittler bei der Analyse des OLG Hamburg-Urteils vor dieser Situation:

- Das Urteil betont selbst, daß fraglich ist, ob eine Werbung mit einem negativen Komparativ als Spitzengruppenwerbung oder als Alleinstellungsbehauptung verstanden wird.
- Es hebt sogar hervor, daß das OLG Hamburg bis zum Urteil vom 11. 8. 77 die Werbung mit einem negativen Komparativ „mehrfach nur als Spitzengruppenwerbung, nicht aber als Alleinstellungsbehauptung gewertet" hat.
- Es bezieht sich dann auf eine Gegenmeinung, die erklärt, „daß der flüchtige Betrachter bei Werbeankündigungen keine grammatikalischen Überlegungen anzustellen pflege und eine negative Komparativ-Werbung regelmäßig im Sinne einer Alleinstellung verstehe".
- Anschließend erklärt das OLG Hamburg unter Berufung auf die fehlerhafte Studie: „Daß dieser Standpunkt richtig ist, hat die Antragstellerin durch Vorlage des Gutachtens glaubhaft gemacht." Diese „Glaubhaftmachung" reicht dem Senat aus, im nächsten Satz zu folgern: „Der Senat hält deshalb an seiner früheren Auffassung nicht mehr fest."
- **Der Senat hat somit seine bisherige Auffassung „Spitzengruppenwerbung" u. a. unter Hinweis auf die Studie aufgegeben, ohne zu erkennen, daß die Studie nicht einmal die Antwortmöglichkeit „Spitzengruppe" zugelassen hat.**
- Der Leser des Urteils kann diesen Fehler nicht erkennen, weil das Urteil die Antwortmöglichkeiten nicht aufführt.

3.2 Die (offene) Frage 2

Die Antworten auf diese offene Frage sind nicht für die prozeßentscheidende Frage zusammengezogen worden. Nach dem Studienbericht sind die Antworten nämlich auf die offene Frage so geordnet worden:

Basis	1 033	
Das beste Bier; beste Qualität	341	33,0
jedes andere Bier ist nicht so gut	–	–
das sagt nichts über das Bier aus	16	1,5
Werbespruch, Reklame	153	14,8
schmeckt gut	32	3,1
das schmackhafteste Bier, schmeckt am besten	34	3,3
gibt kein besseres Bier	65	6,3
besser als andere	14	1,4
gutes Bier	102	9,9
besonderes/sehr gutes Bier	52	5,0
Becks Bier	14	1,4
andere Biermarken genannt	45	4,4
überheblich	7	0,7
übertrieben	20	1,9
ist Unsinn, blöde Behauptung	15	1,5
sonstiges	35	11,9
total	1 068	103,4

Schon die erste Gruppe („Das beste Bier, beste Qualität") zeigt, daß nicht für die prozeßentscheidende Frage zusammengezogen wurde. „Beste Qualität" bedeutet möglicherweise[12] nicht eindeutig, daß der Adressat den Werbeslogan als Alleinstellungsbehauptung aufgefaßt hat. Er kann bei einer solchen Antwort den Slogan genausogut als Spitzengruppenbehauptung aufgefaßt haben. Wenn aber zu dem hier interessierenden Thema schon die erste Gruppe (mit den weitaus meisten Nennungen) nicht verwertet werden darf, ist das gesamte Ergebnis der Frage 2 fragwürdig. Jedenfalls darf aus der wiedergegebenen Tabelle nicht geschlossen werden, zumindest ein nicht unerheblicher Teil der Werbeadressaten fasse die Werbung mit dem negativen Komparativ bei flüchtiger Betrachtung als Alleinstellungsbehauptung auf. Die weiteren Ergebnisse lassen nämlich offenkundig einen solchen Rückschluß nicht zu[13].

4 Zusätzliches Hindernis bei der Entdeckung solcher Mängel: Auskunftsverweigerung durch die Gerichte

Die Entdeckung und Behebung solcher Mängel wird noch schwieriger sein, als man zunächst befürchten wird. Die Fehler bei der Analyse von Rechtsprechung und

12 Allein schon eine solche Möglichkeit verlangt, daß getrennt eingeordnet werden muß. Ohne eine solche getrennte Einordnung wird einer Analyse die Grundlage entzogen.

13 Es soll hier nicht behauptet werden, eine korrekte Umfrage würde voraussichtlich zu einem entgegengesetzten Ergebnis führen. Es geht in diesem Zusammenhang ausschließlich darum, daß die vom OLG Hamburg verwertete Studie nicht hätte verwertet werden dürfen, und daß folglich das Urteil des OLG Hamburg nicht als Grundlage für andere Entscheidungen herangezogen werden darf. Nach den Erfahrungen des Verf. mit Umfragen zum negativen Komparativ ist für die meisten Themen zu erwarten, daß für einen nicht unerheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise eine Alleinstellungswerbung vorliegt und für einen anderen nicht unerheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise eine Spitzengruppen-Werbung.

Schrifttum werden folglich schwerer als zu vermuten beseitigt werden können. Es wird nämlich voraussichtlich oft nicht einmal möglich sein, sich die Urteilsunterlagen zu beschaffen. Das oben[14] bereits erwähnte Schreiben des OLG Frankfurt vom 22. 10. 81 zu seinem Urteil vom 5. 3. 1981[15] offenbart die Problematik. Aus den Entscheidungsgründen des Urteils ergibt sich zunächst – das aber nur nebenbei im Hinblick auf die obigen Ausführungen zur Übernahme des Urteils des OLG Hamburg –, daß das OLG Frankfurt das Urteil des OLG Hamburg und dann auch noch das oben erwähnte Urteil des OLG Hamm (das seinerseits das Urteil des OLG Hamburg einbezieht) berücksichtigt. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich – und darauf kommt es in diesem Zusammenhang an – darüber hinaus, daß sich das Urteil auch auf eine repräsentative Studie stützt. Das Urteil gewinnt seinen Wert für den Rechtstatsachenermittler aber erst, wenn er diese repräsentative Studie mitverwerten kann. Nach den – geschilderten – Erfahrungen mit dem Urteil des OLG Hamburg vom 11. 8. 77 steht das außer Frage. Nach diesen Erfahrungen darf die Erklärung des OLG Frankfurt, die Überlegungen des Senats würden „durch die von der Antragstellerin vorgelegten Umfrage bestätigt", nicht unbesehen übernommen werden. Auf die Bitte um Überlassung der Studienunterlagen antwortete das OLG Frankfurt jedoch negativ[16].

Dieser Brief erhellt einen guten Teil der Probleme bei der Analyse von Rechtsprechung und Literatur. Es beginnt schon damit, daß das OLG Frankfurt ohne Bedenken einräumt, daß es „nicht einmal sicher ist, ob sich der Fragebogen bei der Akte befindet, da es sich um ein Privatgutachten handelte". Die für den Rechtstatsachenermittler ebenso wie für den Wettbewerbsrechtler mit wichtigste Unterlage befindet sich somit möglicherweise nicht bei den Akten![17]

Unter solchen Umständen tappt man bei der hier interessierenden Analyse von Rechtsprechung und Literatur natürlich im Dunkeln. Welchen ausschlaggebenden Grund soll das Meinungsforschungsinstitut haben, seine Studie zur Verfügung zu stellen? Was könnte und dürfte das Institut veranlassen, sich womöglich über eine Ablehnung des Auftraggebers (Privatgutachten!) hinwegzusetzen. Wenn aber das Institut seine Zustimmung verweigert, möchte, wie zitiert, das OLG Frankfurt die Studienunterlagen nicht herausgeben. Wer kann sich bereitfinden, nun mit dem OLG Frankfurt darüber zu streiten, daß das Gutachten doch zur Verfügung gestellt werden müßte? Dem Rechtstatsachenermittler wird dazu in aller Regel schon die Zeit fehlen. Es hilft auch nicht etwa das Urteil des BGH vom 24. 10. 1979[18]. In diesem Urteil führt der BGH zwar aus, daß „die Grundlagen dieser Umfrage offengelegt werden müssen". Diese Entscheidung betrifft jedoch einen anderen Fall. Sie bezieht sich nicht auf die Offenlegung zu Forschungszwecken.

An dieser Stelle wird darüber hinaus, grundsätzlich wieder einmal ersichtlich:

Die Rechtstatsachenermittlung wirft in allen Rechtsgebieten neue Probleme auf. Der

14 Vgl. oben S. 43 mit Fußn. 6.
15 GRUR 1981, 603; „..., denn keine Bausparkasse ist besser als Schwäbisch Hall".
16 Der Wortlaut des Briefes ist bereits oben S. 43 Fußn. 6 wiedergegeben worden.
17 Vgl. auch noch oben S. 43 Fußn. 6.
18 MDR 1980, 308.

Rechtstatsachenermittler muß auf Schritt und Tritt Hindernisse überwinden, die in ihrer Art auf anderen Gebieten schon längst beseitigt sind.

Das gilt um so mehr, als auch bei der Analyse der Literatur – wenn auch nicht in diesem Maße – ähnliche Schwierigkeiten auftreten. Anstelle von Belegen findet man allzu oft lediglich die Behauptung, es sei „nachweisbar, daß...". Gelegentlich wird dann zwar hinzugefügt, die Nachweise seien archiviert. Gegen ein solches System, lediglich auf Archivierungen hinzuweisen, spricht jedoch u.a.: Zu vielen Themen erscheint dieser Hinweis auf die Archive fortlaufend. Wollte man sich jeweils an die Archive wenden, entstünde ein unvertretbarer Zeitaufwand. Häufig kommt ja hinzu, daß die Archivierungen – insbesondere wenn sie sich im Ausland befinden – schwer zugänglich sind. Außerdem ist die Ausbeute solcher Nachforschungen nach den Erfahrungen des Verf. in der Regel kärglich. Gelegentlich kommt es vor, daß die angeblich vorhandenen Studien nicht einmal existieren.

C. Operationalisierung in der Definitionsphase

1. Kapitel: Fehler aufgrund von Mißverständnissen zum Begriff Operationalisierung und einer falschen Würdigung der gegen die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen erhobenen sachlichen Einwände

a) „Operationalisierung"

Der Begriff „Operationalisierung" ist in der Sozialforschung gleichermaßen magisch wie schillernd. Soweit ersichtlich, sind sich die Autoren dessen nicht oder zumindest nicht hinreichend bewußt; jedenfalls wird der Begriff für die unterschiedlichsten „Operationen" verwendet.

Hauptfehler ist die fehlende Unterscheidung zwischen „Operationalisierung" in der Definitionsphase und „Operationalisierung" in der Durchführungsphase. In der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung wirkt sich dieser Fehler in der Regel – wegen der unterschiedlichen Zuständigkeiten – stärker aus als auf anderen Gebieten der empirischen Forschung. Zur Beantwortung der sich in der Definitionsphase stellenden Fragen ist grundsätzlich nur der Jurist berufen. Der für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes zugezogene Sachverständige ist dagegen grundsätzlich (lediglich) für die Durchführungsphase sowie für Sachverhalts-Vorfragen zuständig, die sich in der Definitionsphase, in der Analyse- und in der Disseminationsphase stellen. Ein Beispiel, zweckmäßigerweise[1] aus dem Wettbewerbsrecht:

Ob es zur Ermittlung der Irreführungsgefahr nach § 3 UWG auf den flüchtigen oder auf einen sorgfältig prüfenden Werbeadressaten ankommt, stellt eine Frage der Rechtsauslegung, also der Operationalisierung in der Definitionsphase, dar. Wie der rechtserhebliche Sachverhalt ermittelt wird, wenn es auf den Eindruck des flüchtigen Werbeadressaten ankommt, betrifft die

1 Im Hinblick auf die führende Rolle der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, vgl. S. 21 f. An dieser Stelle geht es nur um die Aufdeckung der Mißverständnisse zum Begriff „Operationalisierung". Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten im einzelnen ausführlich und mit zahlreichen Beispielen, vgl. unten S. 59 ff. (Zuständigkeitsüberschreitungen durch Einordnung der Problematik in die Durchführungs- statt in die Definitionsphase).

Durchführungsphase. Für diese Durchführungsphase ist beispielsweise der Marktforscher zuständig, der den Auftrag erhält, mit einer repräsentativen Studie den Eindruck des flüchtigen Werbeadressaten zu ermitteln. Welche Anordnung gewählt werden muß, ist in der Durchführungsphase zu entscheiden. Diese Entscheidung stellt keine Rechtsauslegung dar (für die allein der Jurist zuständig wäre). Allenfalls muß der für die Durchführungsphase Zuständige bei dem für die Rechtsauslegung Zuständigen rückfragen, wenn sich herausstellt, daß die Operationalisierung in der Definitionsphase unvollständig ist. Denkbar ist, daß der für die Durchführungsphase Zuständige bei dem für die Definitionsphase Zuständigen rückfragen muß, auf welchen Grad der Flüchtigkeit es nach der Operationalisierung in der Definitionsphase, z. B. nach der Rechtsauslegung des § 3 UWG, ankommt.

Die Praxis zeigt, daß diese Trennung zwischen der Operationalisierung in der Definitionsphase und der Operationalisierung in der Durchführungsphase weit schwieriger ist, als man annehmen möchte. Für viele wird es überraschend sein, daß es kaum eine Rechtsforschungsstudie gibt, bei der diese Abgrenzung nicht mit im Vordergrund stünde.

Die Fehlerquelle ist auch deshalb besonders groß, weil zu den Einzelheiten keine eingehende Rechtsprechung und Literatur vorliegt. Es kommt hinzu, daß die schon vorhandene Literatur zur Sachverhaltsermittlung wegen der fehlenden Unterscheidung der Operationalisierung in den einzelnen Phasen, wie erwähnt, eher verwirrt. Beispiele aus der soziologischen Literatur zur fehlenden Unterscheidung zwischen der Operationalisierung in der Definitions- und in der Durchführungsphase:

V. Alemann[2], der sonst klar die einzelnen Phasen unterscheidet, führt im Abschnitt zur Operationalisierung in der **Definitionsphase** aus:

„Auch bei dieser Aufgabe ist zu empfehlen, sich auf Vorarbeiten zu stützen. Dies gilt insbesondere für den Operationalisierungsvorgang der Frageformulierung beim Interview... (Anm.: es folgen Ausführungen zur Befragungstechnik). Es trifft zu, daß wohl keine zwei Fragebögen identisch sein werden. Man sollte deshalb nicht ständig neue Formulierungen (Operationalisierungen) benutzen..."

V. Alemann handelt somit – der geschilderte typische Fehler – die Operationalisierung in der im konkreten Fall falschen Phase ab; hier die Operationalisierung in der Durchführungsphase im Abschnitt „Operationalisierung in der Definitionsphase".

Bei sozialforscherischen Untersuchungen ohne Bezug zur Rechtstatsachenermittlung ist diese Vermengung, wie erwähnt, im Einzelfall möglicherweise ohne Auswirkung; und zwar deshalb, weil bei solchen Untersuchungen meist ein und dieselbe Person oder ein und dieselbe Gruppe sowohl für die Definition als auch für die Durchführung zuständig sind. Ganz anders verhält es sich bei der Rechtstatsachenermittlung, soweit Sachverständige zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts – also in der Durchführungsphase – herangezogen werden. Bei solchen Sachverständigen muß, wie ausgeführt, jeweils gesondert immer wieder überprüft werden, ob sie nur den rechtserheblichen Sachverhalt ermitteln, oder ob sie nicht etwa eigenmächtig das Problem definieren.

Ein weiteres Beispiel:

Friedrichs führt aus, daß „Ziel einer Operationalisierung ist, den Begriffen einer Wissenschaft größere Präzision zu geben, sie somit empirisch gehaltvoller zu machen. Die Operationalisierung soll eine Definition eines Begriffes dadurch liefern, daß gefragt wird: Was tun wir, wenn wir einen Begriff anwenden? – Die Operationalisierung des Begriffs ‚Intelligenz' durch Intelligenztests (IQ) ist ein prominentes Beispiel dafür."[3]

---

2 Der Forschungsprozeß, S. 71.

3 Methoden empirischer Sozialforschung, 4. Aufl., Reinbek 1975, S. 78.

Somit auch hier wieder die Vermengung. Die Intelligenztests dienen dazu, in der Durchführungsphase den erheblichen Sachverhalt zu ermitteln. Insoweit handelt es sich – anders als es, wie zitiert, Friedrichs einen Satz zuvor ausdrückt – gerade nicht um die Definition eines Begriffes.

Eine Operationalisierung in der Definitionsphase stellt es dagegen dar, wenn zum Begriff Intelligenz erläutert wird: „Die Fähigkeit, neuen Anforderungen und Situationen mit Hilfe von Denkleistungen wirksam zu begegnen, im reinsten Fall ohne probierendes Verhalten."[4]

Inwieweit dann der einzelne diese Voraussetzungen erfüllt, kann beispielsweise durch Intelligenztests ermittelt werden. Diese Sachverhalts-Ermittlung erfolgt in der Durchführungsphase, eventuell eben beispielsweise durch einen Sachverständigen.

Schlußfolgerungen zum Begriff Operationalisierung: Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten, um vorhersagen zu können, daß die Beibehaltung des bislang üblichen Sprachgebrauchs die ohnehin schon bedeutenden Fehlerquellen vergrößert und eventuell sogar heillose Verwirrung stiften wird. Es muß ja zusätzlich berücksichtigt werden, daß sich weniger Erfahrene mit diesen Begriffen befassen müssen. Im übrigen zeigt die Praxis, daß sich auch für Experten eine strenge sprachliche Trennung empfiehlt. Die repräsentative (und die sonstige) Rechtstatsachenermittlung ist aufgrund der bei ihr bestehenden besonderen Verhältnisse dazu berufen, den anderen Tatsachenforschungsbereichen voranzugehen. Zu den besonderen Verhältnissen gehört selbstverständlich, wie erwähnt, insbesondere die eingeschränkte Zuständigkeit des für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts berufenen Sachverständigen.

Es fragt sich unter solchen Umständen, ob man nicht überhaupt auf den Begriff „Operationalisierung" verzichten sollte. Bei der Operationalisierung in der Definitionsphase könnte formuliert werden:

Formulierung des Rechtsproblems.

Oder, genauer:

Formulierung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife.

Der Zusatz „bis zur Durchführungsreife" würde – soweit sich das nach den bisherigen Erfahrungen beurteilen läßt – helfen, in der Praxis eine besonders gefährliche Fehlerquelle zu beseitigen: den vorzeitigen Abbruch der Vertiefung des Rechtsproblems[5].

Nach Fikentscher[6] empfiehlt sich:

„Konkretion".

Denkbar ist auch

„Normenkonkretisierung"[7].

Der Begriff „Operationalisierung" ist jedoch vermutlich so attraktiv und hat sich schon so weitgehend durchgesetzt, daß er voraussichtlich nicht abgeschafft werden kann. Wenn der Begriff weiterhin verwendet wird, sollte jedoch wenigstens jeweils klargestellt werden, ob es sich um eine Operationalisierung in der Definitionsphase oder um eine Operationalisierung in der Durchführungsphase handelt.

4 Vgl. *Friedrichs* a.a.O. (Fußn. 3).
5 Vgl. dazu unten S. 68 ff.
6 Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, hier Band IV, Tübingen 1977, S. 371 ff.
7 *Fikentscher* a.a.O. (vor. Fußn.) mit Hinweis auf Friedrich Müller.

b) Die sachlichen Einwände

Zur Formulierung des Rechtsproblems gehört auch ein Lieblingsthema der Juristen: Die gegen die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen erhobenen Einwände.

Bei diesen Einwänden handelt es sich zum Teil nur um Scheinprobleme. Zu diesen Scheinproblemen gehört vor allem der Einwand, durch den Einsatz demoskopischer Gutachten würden die richterlichen Entscheidungskompetenzen gefährdet. Vgl. dazu anschließend das 2. Kapitel. Zu ihnen gehört ebenso der Einwand, die Markt- und Sozialforschungsinstitute könnten befangen sein. Dieser Einwand ist deshalb ein Scheinproblem: Inwiefern könnte ein Institut einer Partei – theoretisch ausgedacht – überhaupt helfen? Der Verf. unterstellt also einmal eine Bereitschaft, die für seriöse Institute ohnehin von vornherein ausscheidet. Die Institute wären aber auch theoretisch nicht in der Lage, zu ungerechtfertigten Vorteilen zu verhelfen. Der Fragebogen kann überprüft werden; die Befragungsergebnisse ebenso, bspw. durch eine zweite Befragung mit demselben Fragebogen. Außerdem: Irgendwelche ungerechtfertigten Anweisungen kommen auch schon deshalb nicht in Betracht, weil jeweils Dutzende, oft Hunderte von Interviewern „heimlich" ungerechtfertigt angewiesen werden müßten. Im übrigen könnte sich ein Institut sowieso niemals den Vorwurf leisten, es sei für Manipulationen zu gewinnen. Die Zuverlässigkeit, die Seriosität und der gute Ruf machen wesentlich den Wert eines Instituts aus.
Soweit es sich bei den Einwänden um keine Scheinprobleme handelt, gilt:
Schon zu Beginn dieser Arbeit, bei der Problementdeckung, wurde erwähnt, daß bei diesen Einwänden stets die Frage zu beantworten ist: Soll auf eine dem Grundsatz nach erforderliche repräsentative Befragung aufgrund besonderer Umstände verzichtet werden? Zu beantworten ist diese Frage stets nach den auch sonst für die Formulierung des Rechtsproblems geltenden Grundsätzen. So muß nach den in der Rechtsmethodik entwickelten Methoden, somit nach den auch sonst anerkannten subjektiven und objektiv-teleologischen Kriterien, u. a. ermittelt werden:
In welchen Fällen erlauben der Sinn und Zweck von Normen, wie § 3 UWG und §§ 25, 31 WZG, wegen des finanziellen Aufwandes nach weniger sicheren Sachverhaltsangaben zu entscheiden? Oder muß der finanzielle Aufwand nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes immer in Kauf genommen werden; evtl. in Verbindung mit einer Abänderung der sich aus den §§ 91 ff. ZPO ergebenden Kostenverteilungsgrundsätze? Ist nach der Höhe des Streitwerts zu unterscheiden? Ist bei Grundsatzprozessen anders zu entscheiden? Soll nach der von der Rechtsprechung für die Irreführungsgefahr entwickelten Grundsätzen generell unterschieden werden: Repräsentativ wird nicht ermittelt, wenn der verantwortliche Jurist zu den maßgeblichen Verkehrskreisen gehört, es sich um Waren des täglichen Bedarfs oder um tägliche Vorgänge handelt, der verantwortliche Jurist eine Gefahr bejahen will und keine „Umstände vorliegen, die eine bestimmte Auffassung als bedenklich erscheinen lassen" (so wörtlich das schon häufig erwähnte Urteil Möbel-Haus mit Hinweis auf die Urteile Hühnergegacker und Topfit Boonekamp).

Die neuesten Arbeiten (Tilmann, GRUR 1984, 716 ff. und die Dissertation von Böhm, Demoskopische Gutachten als Beweismittel in Wettbewerbsprozessen) bestätigen die sich nach Rechtsprechung und Literatur abzeichnende Entwicklung, daß der Einwand zum finanziellen Aufwand nur innerhalb der Einwände zur Gültigkeit

und Verläßlichkeit besondere Bedeutung gewinnen wird. Diese Arbeiten konzentrieren sich im Verhältnis noch stärker – als die bisher erschienenen Veröffentlichungen – auf die Einwände zur Genauigkeit der Markt- und Sozialforschung. Der Einwand, der finanzielle Aufwand sei zu groß, wurde schon bislang überraschend schwach bewertet; was die ausdrücklichen Äußerungen anbetrifft. Vgl. dazu schon S. 20, als die Problematik (systemwidrig) im Rahmen der Problementdeckung im Schuldrecht zum ersten Mal aufgegriffen werden mußte.

Die Einwände zur unterschiedlichen Gültigkeit und Verläßlichkeit des Forschungsinstruments repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen:

Üblicherweise wird begrifflich erläutert, Gültigkeit sei gegeben, „wenn das gemessen wird, was gemessen werden soll" (Friedrichs). Unter Verläßlichkeit wird verstanden „die Stabilität eines Ergebnisses bei wiederholten Messungen bzw. die Unabhängigkeit eines Resultats von einem einmaligen Meßvorgang bzw. die Reproduzierbarkeit eines Wertes unter den gewählten Versuchsbedingungen" (Scheuch). Oberbegriff ist die Genauigkeit; die Gültigkeit ist die materielle, Verläßlichkeit die formale Genauigkeit. Im Rahmen einer Darstellung der wichtigsten Grundlagen als Basis einer Entwicklung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen stellen sich insbesondere diese Fragen:

Sind der (voraussichtliche) Gültigkeits- und Verläßlichkeitsgrad im Verhältnis zur (mutmaßlichen) eigenen Sachkunde der verantwortlichen Juristen nur um so wenig größer, daß die Nachteile einer repräsentativen Rechtstatsachenermittlung überwiegen? Können Fallgruppen gebildet werden? Und, wenn ja: Welche?

Es empfiehlt sich, vorab die – zumindest für Juristen – beste Übersicht zu Versuchen, allgemeingültige Sätze zur Genauigkeit aufzustellen, zu zitieren. Scheuch gibt in dem von König herausgegebenen Handbuch der empirischen Sozialforschung zur **Gültigkeit** diese Übersicht:

Nur gelegentlich wurde versucht, aus einzelnen Beobachtungen über Gültigkeit allgemeine Sätze abzuleiten. Die meisten der empirisch begründbaren Sätze sind jedoch von einem verhältnismäßig geringen Abstraktionsgrad und sie sind zudem manchmal nur mit einem Teil des Materials vereinbar. Dennoch sollen jetzt einige Sätze über Bedingungen für Gültigkeitsgrade aufgestellt werden. Diese sind als ganzes keineswegs empirisch zureichend belegt, und es schien auch nicht möglich, zu einem System von Aussagen zu kommen.

a) Je geringer die Beziehung einer Frage zu beobachtbarem Verhalten, um so geringer ist die Gültigkeit der Angaben.

b) Je weniger man annehmen kann, daß ein Befragter bereits über eine Frage reflektiert hat, um so geringer ist die Gültigkeit.

c) Je weniger bewußt dem Befragten der Gegenstand einer Frage ist, je weniger „rational" das Verhalten ist, um so geringer ist die Gültigkeit.

d) Je eher der Befragte eine Frage als Bedrohung empfindet, um so geringer ist die Gültigkeit der Antwort.

e) Unterscheidet man zwischen 1. Tatsachenfragen, 2. Beurteilungsfragen (d. h. solchen, bei denen der Befragte ein bewußt subjektives Urteil abgeben soll), 3. Einstellungsfragen und 4. Meinungsfragen, so ist diese Reihenfolge zugleich eine Folge abnehmender Gültigkeit (Robert Kahn 1952, S. 51).

f) Je marginaler die Position eines Antwortenden in bezug auf das Thema einer Frage und sogar den Gegenstand einer Befragung, um so geringer ist die Gültigkeit.

g) Je marginaler die allgemeine soziale Position eines Befragten, um so geringer ist tendenziell die Gültigkeit der Antworten. Jedoch:

h) Ungültigkeit von Antworten bei einzelnen Befragten ist überwiegend punktuell; es besteht nur eine geringe Wahrscheinlichkeit, daß ein Befragter, der bei einem Thema ungültige Antworten gab, auch zu einem anderen Thema ungültig aussagen wird. Nur ein geringer Prozentsatz der Ungültigkeit kann auf konsistent ungültig Antwortende zurückgeführt werden.

i) Fragen über gegenwärtige Sachverhalte besitzen eine höhere Gültigkeit als Fragen über Vergangenheit und Zukunft, und Fragen über Vergangenes besitzen – gleicher Zeitabstand zur Gegenwart vorausgesetzt – eine größere Gültigkeit als Fragen über die Zukunft.

Als allgemeinste Aussage über die Gültigkeit von Angaben, soweit sie von der Willigkeit des Befragten abhängt, sei formuliert: Die Gültigkeit der Antwort ist immer dann gefährdet, wenn die an sich vom Befragten gemeinte Information von seiner Vorstellung über die soziale Annehmbarkeit einer Antwort abweicht.

Zur **Verläßlichkeit** legt Scheuch dar:

Als Faustregeln lassen sich nach dem bis jetzt bekannten empirischen Material diese unterschiedlichen Grade an Verläßlichkeit voraussagen:

a) Wenn sich die Lage des Befragten in bezug auf die Untersuchungsmerkmale zwischen zwei Beobachtungsperioden veränderte, dann ist die Verläßlichkeit der Angaben geringer, als wenn keine solche Veränderung vorlag.

b) Die Verzerrungen von Angaben über die Vergangenheit gehen in die gleiche Richtung wie die in der Zwischenzeit tatsächlich erfolgten Veränderungen.

c) Die Größe der Verzerrungen von Angaben über die Vergangenheit ist tendenziell proportional zur Größe der inzwischen erfolgten Veränderungen.

d) Je kürzer der Zeitabstand zwischen Ereignis und Bericht darüber, um so enger die Übereinstimmung; je geringer der zeitliche Abstand zwischen zwei Angaben, um so höher die Übereinstimmung.

e) Je mehr sich zwei Situationen der Datenermittlung gleichen, desto größer ist die Übereinstimmung.

f) Am höchsten ist die Konstanz von Angaben für angenehme Ereignisse; sie ist geringer für unangenehme Ereignisse und am geringsten für neutrale Ereignisse.

g) Je weniger die verlangten Angaben einen Bezug zum Verhalten und zu objektiven (d.h. prinzipiell von Dritten beobachtbaren) Sachverhalten besitzen, desto ungenauer ist die Erinnerung an den vergangenen Zustand.

h) Die Verläßlichkeit von Verteilungen insgesamt (Bruttoverläßlichkeit) liegt sehr viel höher als die Nettoverläßlichkeit und gibt keinerlei Aufschluß über die letztere.

i) Qualitative Merkmale scheinen tendenziell stabiler als quantitative Merkmale zu sein; Angaben über das bloße Vorkommen von Ereignissen sind stabiler und speziell unabhängiger von der Person des Interviewers als Angaben über Häufigkeiten.

j) Je größer die emotionale Besetzung eines Themas für den Befragten, desto stabiler die Angaben selbst angesichts verzerrender Einflüsse.

k) Je marginaler die Situation des Antwortenden, desto geringer die Verläßlichkeit. Nimmt man einfache demographische Merkmale als Ausdruck der „Marginalität", so ist für folgende Untergruppen die Verläßlichkeit von Angaben tendenziell geringer als durchschnittlich: extrem hohe oder niedrige Schulbildung, extrem hohes oder niedriges Berufsprestige, extreme Einkommensverhältnisse, Minoritätskonfessionen.

Im Gegensatz zu verbreiteten Vorstellungen ist es also durchaus möglich, Determinanten der Verläßlichkeit zu definieren. Die Aussagekraft des erhältlichen Materials ist jedoch wesentlich dadurch beeinträchtigt, daß bei Sätzen über Verläßlichkeit nicht der jeweilige Freiheitsgrad des Messens berücksichtigt wird. Gebraucht werden Wahrscheinlichkeitsformulierungen beobachteter Verläßlichkeitsgrade, d. h. der Ausdruck der Verläßlichkeit im Vergleich zur überhaupt möglichen Unzuverlässigkeit angesichts des Feinheitsgrades beim Messen.

Neben diesen Grundsätzen zur Genauigkeit des Forschungsinstruments repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen muß zu den Einwänden (soweit sie nicht ohnehin nur Scheinprobleme darstellen) zur Zeit weiter bedacht werden:

Rechtsprechung und Literatur haben bisher die Einwände – anders als erforderlich – nicht systematisch nach den für die Formulierung des Rechtsproblems geltenden Grundsätzen abgehandelt. Es wurden nur einzelne Aspekte herangezogen und – ohne Abwägung mit allen anderen Kriterien entsprechend den rechtsmethodischen Grundsätzen – entschieden.

Außerdem treffen häufig von Juristen vorgetragene markt- und sozialforscherische Argumente nicht zu. Bspw. trifft nicht zu, daß Verbrauchererwartungen, weitere heterogene Marktordnungsfälle und die wettbewerbliche Relevanz „außerhalb der Reichweite von Umfragen liegen" (so aber zuletzt ausdrücklich von Juristen geäußert auf der Jahrestagung der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht am 31. Mai 1984 in Köln). Was die Markt- und Sozialforschung kann oder nicht kann, läßt sich zur Zeit nicht allein nach dem Schrifttum beurteilen. Wer annimmt, er brauche zu solchen Fragen nur das Schrifttum heranzuziehen und dann zu urteilen, verkennt die in der Markt- und Sozialforschung bestehenden Verhältnisse. Im Januar-Heft 1985 der Zeitschrift Planung und Analyse ist ein von Strothmann zu einem Finanzrechtsstreit verfaßtes Gutachten veröffentlicht. In diesem Gutachten legt Strothmann dar, daß die Wissenschaftlichkeit der Markt- und Sozialforschung nicht von den Universitäten, sondern von den privatrechtlich verfaßten Instituten begründet wurde, und daß die Universitäten alles in allem bis jetzt nur den Vorsprung aufgeholt haben. Was die hier besonders interessierende Frage nach der Machbarkeit anbetrifft, haben die privatrechtlich verfaßten Institute nach den Erfahrungen des Verf. sogar immer noch einen großen Vorsprung. Die privatrechtlich verfaßten Institute veröffentlichen jedoch nur in verhältnismäßig geringem Umfang gewonnene Erkenntnisse. D. h. zunächst, daß die verantwortlichen Juristen zur Zeit im wesentlichen nicht in der Lage sind, ohne Anhörung wenigstens eines erfahrenen Instituts ausreichend sicher zur Genauigkeit auszusagen und aus ihr Rückschlüsse zu ziehen.

Dies gilt umso mehr, als sich, wie zitiert, die Veröffentlichungen aus dem Bereich

der Universitäten unverbindlich ausdrücken (vgl. oben Scheuch: „keineswegs empirisch zureichend belegt").

Darüber hinaus muß man sich vergegenwärtigen: Die Alternative ist die „intuitive Alltagstheorie" des verantwortlichen Juristen, von der man immerhin weiß, wie unvollkommen sie kraft der Natur der Sache ist. Wegen dieser Unvollkommenheit der Alltagstheorien wurde ja die Markt- und Sozialforschung für die Sachverhaltsermittlung entdeckt. Vgl. ausführlich oben Seiten 18 ff. (Problementdeckung). Wie problematisch die Sachverhaltseinschätzung durch einen verantwortlichen Juristen auch dann sein kann, wenn er dem beteiligten Verkehrskreis angehört, verdeutlicht erfahrungsgemäß am besten diese, schon einmal in dieser Arbeit erwähnte Überlegung:

Die Verhältnisse Dritter (auf die abgestellt werden muß) sind unterschiedlich, zum Beispiel fassen eine bestimmte Bezeichnung auf 5% im Sinne A, 50% im Sinne B, 30% im Sinne C und 15% wollen oder können sich nicht entscheiden. Der Richter kann nun selbstverständlich der 5%-Gruppe angehören, ohne sich bewußt zu sein, daß er nicht einer Mehrheit, sondern einer im konkreten Fall unbeachtlichen Minderheit angehört. Der Richter entscheidet dann eben nach der falschesten aller möglichen Sachverhaltsunterstellungen. Andere Richter gehören anderen Gruppen an und entscheiden folglich dementsprechend anders. Auf diese Weise entsteht dann ein Rechtsprechungswirrwarr, wie er für viele Rechtsgebiete beklagt wird; z. B. für die Geldentschädigung wegen Vereitelung von Nutzungsmöglichkeiten, vgl. S. 17 Fußn. 20.

Was hier für den Richter ausgeführt wurde, gilt grundsätzlich ebenso für jeden anderen verantwortlichen Juristen, z. B. für jeden in der Gesetzgebung und jeden in der Verwaltung tätigen Juristen, für jeden Anwalt und für jeden Syndikus.

Damit wird auch offenkundig, wie die bereits mehrfach erwähnte Rechtsprechung zu beurteilen ist, nach der eine Umfrage durchzuführen ist, wenn „Umstände vorliegen, die eine bestimmte Auffassung als bedenklich erscheinen lassen" (Urteil Möbel-Haus). Bedenklich erscheint eine Auffassung stets zumindest denen, die einer anderen Auffassungsgruppe angehören. Da es solche anderen Auffassungsgruppen immer gibt, hängen die Frage nach der Art der Sachverhaltsermittlung und die Gerichtsentscheidung nach dieser Rechtsprechung vom Zufall ab; nämlich von dem Zufall, welche Gruppen bei den mit der Sache befaßten Juristen vertreten sind. Es kann aber nicht richtig sein, in dieser Weise die Rechtsprechung dem Zufall zu überlassen.

Spätestens an dieser Stelle wird abgebrochen und **zu den Einwänden zusammenfassend festgestellt** werden können:

Einerseits kann zur Zeit nicht grundsätzlich immer, wenn beim Sachverhalt auf die Verhältnisse Dritter abzustellen ist, repräsentativ durch Befragen ermittelt werden. Die verantwortlichen Juristen würden dann zwar stets auf der Basis eines bestmöglich ermittelten Sachverhalts entscheiden. Sie würden aber zuviel des Guten tun. Vermutlich wird überhaupt niemand ernsthaft die Ansicht vertreten wollen, es müsse immer repräsentativ durch Befragen ermittelt werden, wenn dem Grundsatz nach repräsentativ durch Befragen zu ermitteln ist. Man braucht sich nur die oben aufgeführten Musterbeispiele zur Problementdeckung auf dem Gebiet der Gesetzgebung und des Schuldrechts zu vergegenwärtigen, um feststellen zu können, daß es unrealistisch wäre, stets Umfragen durchführen zu wollen. Sonst hätten bspw. die Gerichte

in mindestens jedem fünften Gerichtsverfahren ein Institut mit der Durchführung einer Umfrage zu beauftragen.

Andererseits kann die bis jetzt vorliegende Rechtsprechung und Literatur nur sehr bedingt zur Grenzziehung herangezogen werden. Rechtsprechung und Schrifttum befassen sich nämlich bis jetzt meist nicht systematisch mit den insoweit maßgeblichen Kriterien. Diese Abhandlung kann deshalb darauf verzichten, umfassend Rechtsprechung und Schrifttum wiederzugeben, wie auch schon zu Beginn dieser Arbeit auf S. 18 ausgeführt, als der Stand von Rechtsprechung und Schrifttum dargestellt wurde. Ob im Einzelfall repräsentativ zu ermitteln ist, entscheidet sich nach den auch sonst für die Formulierung des Rechtsproblems geltenden Grundsätzen; unabhängig davon, ob Wettbewerbsfragen, die Gesetzgebung, die Justizforschung, strafrechtliche, öffentlichrechtliche oder irtgendwelche anderen Bereiche betroffen sind. Nach den von der Rechtsmethodenforschung entwickelten Grundsätzen ist – in einer Gesamtschau – zu entscheiden, ob einzelne Einwände verlangen, auf eine repräsentative Sachverhaltsermittlung durch Befragen zu verzichten. Nach den Erfahrungen des Verf. kann die Entscheidung meist nach den objektiv-teleologischen Kriterien argumentum ad absurdum, argumentum e contrario und Gleichbehandlung des Gleichsinnigen getroffen werden.

In der Zukunft wird die Praxis versuchen müssen, vom Einzelfall aus methodengerechte Entscheidungen zu treffen. Forschung und Lehre sind aufgerufen, ein System zu schaffen. In der Art wird voraussichtlich zumindest so etwas wie eine Habilitationsarbeit benötigt werden, um die erforderliche Übersicht zu geben.

Zur Systematik interessiert schließlich noch: Beide in diesem Kapitel abgehandelten Fehlerquellen betreffen Untergruppen der Formulierung des Rechtsproblems; der Soziologe sagt: Untergruppen der Operationalisierung (in der Definitionsphase). Da die weiteren Untergruppen nach den gleichen Grundsätzen abzuhandeln sind, wiederholt sich die Art der Argumentation immer wieder. Nach den Erfahrungen des Verf. sollten diese Untergruppen aber noch auf Jahre hinaus gesondert dargestellt und solche Wiederholungen in Kauf genommen werden; jedenfalls so lange, bis dem Juristen diese Problemlösungen genauso geläufig sind, wie die zu den allgemein bekannten Rechtsgebieten.

2. Kapitel: Zuständigkeitsüberschreitungen durch Einordnung der Problematik in die Durchführungsphase statt in die Definitionsphase; einschließlich: Das Scheinproblem der Gefährdung juristischer Entscheidungskompetenzen

1 Einführung

Die nachfolgenden Beispiele sollen helfen, in der Praxis Fehler bei der Einordnung zu erkennen. Die Vorlesungen, Seminare, Diskussionen, die Vortests[8] offenbaren in der Praxis immer wieder, daß diese Einordnung schwieriger ist, als erwartet. Die Schwierigkeiten werden häufig dadurch verursacht, daß wegen sich stellender Vorfragen immer wieder die Forschungsphase gewechselt werden muß. Sie entstehen weiter dadurch, daß sich der Jurist, der das Rechtsproblem zu definieren hat, in ihm oft unbe-

8 Vgl. zur methodologischen und explorativen Funktion des Vortests, unten S. 66 Fußn. 24.

kannte Probleme der Durchführungsphase hineinversetzen müßte[9]. Er muß ja insbesondere das Problem so definieren, daß in der Durchführungsphase dann auch tatsächlich der rechtserhebliche Sachverhalt ermittelt werden kann. Durch diese Vielfalt an Schwierigkeiten kann in der Praxis eine unerwartete Verwirrung entstehen. Oft ist dann für einzelne Beteiligte in der Tat „vor lauter Bäumen der Wald nicht mehr zu sehen". Infolgedessen kommt es vor, daß selbst „an sich" einfache Einordnungsfragen nur noch zögernd oder gar falsch beantwortet werden, weil die Beteiligten die Orientierung verloren haben. Hier handelt es sich um Fehlerquellen, die mit zunehmender Erfahrung an Bedeutung verlieren werden.

Grundsätzlich interessiert an dieser Stelle noch vorweg: Nach den Erfahrungen des Verfassers ist tief verwurzelt die Befürchtung, daß ein verstärkter Einsatz demoskopischer Gutachten richterliche Entscheidungskompetenzen gefährde. Zuletzt hat sich zu diesem Problem der Gefährdung richterlicher Entscheidungskompetenzen ausführlich und unterscheidend Tilmann geäußert[9a]. Die nachfolgenden Beispiele sollen u.a. beweisen, daß es sich um ein Scheinproblem handelt. Wer die Arbeitsschritte trennt und den Sachverhaltsermittler nur den rechtserheblichen Sachverhalt ermitteln läßt, gefährdet keine juristischen Entscheidungskompetenzen; zumal der Jurist ja ohnehin die Tätigkeit des Sachverhaltsermittlers prüfen muß, wie die Tätigkeit jedes anderen Sachverständigen auch[10].

2 Beispiele[11]

2.1 § 242 BGB

Zu § 242 BGB wird in der Regel ausgeführt[12]:

„Durch die Verwendung des Begriffs ‚Treu und Glauben' will § 242 im Rahmen seiner Wirkungsmöglichkeiten den in der Gemeinschaft herrschenden sozialethischen Wertvorstellungen

9 Vgl. dazu noch unten S. 68 ff.

9a GRUR 1984, 716 ff.

10 Vgl. dazu insbesondere *Piper/Breunung/Stahlmann*, Sachverständige im Zivilprozeß, München 1982. *Jessnitzer*, Der gerichtliche Sachverständige, 8. Aufl., S. 86.

11 Dem Grundsatz nach besteht die hier aufgeworfene Problematik selbstverständlich nicht nur für die repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen, sondern für die Rechtstatsachenermittlung schlechthin. Dementsprechend können Beispiele aus anderen, meist bekannteren Gebieten der Rechtstatsachenermittlung zur Veranschaulichung mit herangezogen werden. Hier zwei Beispiele aus solchen anderen Gebieten der Rechtstatsachenermittlung:

1. Beispiel: Ermittlung des Wertes eines Unternehmens zur Berechnung des Abfindungsanspruchs eines ausscheidenden Gesellschafters, § 738 BGB [LG München I, Az.: 29 O 2209/80, unveröffentlicht]: Zwei Brüder betrieben auf dem Münchner Oktoberfest Jahr für Jahr einen Verkaufs- und Ausschankstand. Ein Bruder schied aus. Nun mußte das Auseinandersetzungsguthaben nach § 738 BGB ermittelt werden. Der Substanzwert belief sich nach den Feststellungen eines Sachverständigen auf nur DM 17 000,–, der Ertragswert dagegen auf DM 140 000,–. Der Sachverständige vertrat die Ansicht, der Unternehmenswert errechne sich ausschließlich nach dem Ertragswert. In der juristischen Literatur ist dagegen bekanntlich umstritten, ob der Substanz- oder der Ertragswert oder ein Mittelwert maßgeblich sein soll. Der BGH hat in seinem Urteil vom 12. 2. 79 den Stand der Diskussion so zusammengefaßt: „...Der Sachverständige folgt allerdings nicht dem in der Betriebswirtschaftslehre vorzugsweise empfohlenen Verfahren, den Wert eines Unternehmens durch ei-

Eingang in das Recht verschaffen und dem Gedanken Rechnung tragen, daß das Recht nicht nur Macht, sondern auch Pflicht und Verantwortung gegenüber den anderen und der Allgemeinheit bedeutet. Der Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben ist daher an den im Bewußtsein der Gemeinschaft oder der beteiligten Verkehrskreise (z. B. Kaufleute, Landwirte) verankerten Anschauungen von Recht und Gerechtigkeit und an den Rechtswerten auszurichten, auf die die Worte ‚Treu und Glauben' verweisen. Die Verkehrssitte als tatsächliche Übung in den beteiligten Kreisen gibt dabei Anhaltspunkte für das, was Treu und Glauben entspricht."

Je tiefer im einzelnen Rechtsstreit entsprechend diesen Ausführungen in die Problematik eingedrungen wird, desto mehr Vorurteile kommen zum Vorschein und um so mehr Glaubenskämpfe werden – oftmals versteckt – ausgetragen. Besonders stark ist der oft unbewußte Einwand zu spüren, daß sich die Juristen angeblich in großer Gefahr befänden, pseudowissenschaftlichen Meinungen aufzusitzen, wenn sie Soziologen bei ihrer Tagesarbeit zu Rate zögen[13].

---

ne Verbindung von Substanz- und Ertragswert zu ermitteln, wobei teils der eine, teils der andere Faktor zum Ausgangspunkt genommen oder als der gewichtigere betrachtet wird und bei der Schätzung des Ertragswertes die erzielten bzw. zu erwartenden Gewinne zugrunde gelegt werden...". Handelt es sich um eine Frage der Rechtsauslegung oder um eine Frage der Ermittlung des rechtserheblichen Tatbestandes? Mit anderen Worten: Beantwortet sich die Frage nach der anwendbaren Methode in der Definitionsphase oder in der Durchführungsphase? Das Urteil des LG München I vom 13. 4. 81 äußert sich zu dieser Frage nicht, obwohl die Frage während des Verfahrens klar gestellt wurde. Das Urteil formuliert nur, wie man es wörtlich gleichlautend in vielen Urteilen zur Übernahme von Sachverständigengutachten nachlesen kann: „Die Kammer ist davon überzeugt, daß die vom Sachverständigen vorgenommene Bewertung (Anm. vom Verf.: ausschließlich nach dem Ertragswert) richtig ist. Dr. ... verfügt nämlich erkennbar über die erforderliche Sachkenntnis. In seinem Gutachten geht er von zutreffenden Voraussetzungen aus und begründet seine Schlußfolgerungen in allgemein verständlicher Form. Seine Darlegungen sind in sich widerspruchsfrei." An dieser Stelle des Urteils gewinnt man den Eindruck, daß das Gericht annimmt, es handle sich um eine in der Durchführungsphase zutreffende Entscheidung. An anderer Stelle des Urteils scheint es dann allerdings eher wieder, das Gericht nehme an, die Frage entscheide sich durch Rechtsauslegung, also in der Definitionsphase. Richtig ist: Die Problematik klärt sich nicht durch Rechtsauslegung, sondern durch Sachverhaltsermittlung. Nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum stellt das Gesetz auf den Unternehmenswert ab. Wie hoch im Einzelfall der Unternehmenswert ist, ist genausowenig eine Frage der Rechtsauslegung wie die Frage, ob der Eindruck des flüchtigen Betrachters nach der Methode der Neutralisierung, nach dem Blickfeldtest oder nach einer anderen Methode zu ermitteln ist.
2. Beispiel: Festlegung der angemessenen Miete: In einem im Jahre 1980 abgeschlossenen Schiedsgutachterverfahren war umstritten: Nach dem Mietvertrag sollte ein Schiedsgutachter feststellen, ob und inwieweit die Miete „angemessen zu ändern ist". Der Eigentümer machte geltend, der Verkehrslärm müsse außer acht bleiben, weil Schallschutzfenster eingebaut worden seien. Der Mieter widersprach mit der Begründung, daß er die Schallschutzfenster auf seine Kosten eingebaut hat. Diese Streitfrage betrifft nicht die Durchführungsphase, sondern die Definitionsphase. Es geht nicht um die Ermittlung des rechtserheblichen Tatbestandes. Umstritten war ja nicht die Höhe des Mietzinses als solche bei Objekten dieser Art mit Schallschutz. Umstritten war vielmehr, wie der Vertrag für einen solchen Streitfall auszulegen ist und ob insbesondere die Mieterinvestition dem Eigentümer zugute kommen darf.

12 *Palandt*, 44. Aufl., Anm. 1 c zu § 242 BGB; vgl. auch bereits oben S. 36.

13 Ausführlicher zu diesem Einwand *Schweizer*, Empirische Rechtsforschung, a.a.O., S. 394 ff., u. a. mit Hinweis auf Luhmann und Röhl. Vgl. auch schon grundsätzlich oben S. 54 f.

In diesem Zusammenhang kommt es nicht auf die vielschichtige Problematik um die Berücksichtigung der Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise im Rahmen solcher Generalklauseln wie § 242 BGB an[14]. Maßgeblich ist hier:

In der Definitionsphase, hier also bei der Rechtsauslegung, wird die Entscheidung getroffen, ob und inwieweit die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der Verkehrskreise berücksichtigt werden sollen. Als Rechtsauslegungs-Alternative kommt ja in Betracht, daß von vornherein[15] nur auf die Vorstellungen des einzelnen, z. B. des Richters, abgestellt werden soll. Eine Ausnahme besteht nur, soweit im Rahmen der Rechtsauslegung Sachverhaltsfragen als Vorfragen zu klären sind. Wenn aber die Rechtsauslegung ergibt, daß die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise zu berücksichtigen sind, dann muß der demnach rechtserhebliche Tatbestand grundsätzlich in der Durchführungsphase auch ermittelt werden[16].

Bei den sich anschließenden Fragen nach den im Einzelfall anzuwendenden Methoden und Techniken der Sachverhaltsermittlung gewinnt jedoch die Definitionsphase wiederum Bedeutung. Diese Ansicht wird vermutlich zunächst überraschen und Bedenken hervorrufen. Zur Definition gehört bspw. die Frage danach, ob der Richter im Wege der intuitiven Alltagsforschung ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen versuchen soll, von sich aus die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise festzustellen; oder ob er beispielsweise durch ein Meinungsforschungsinstitut repräsentativ die Wertvorstellungen ermitteln lassen will. Beantworten läßt sich diese Frage nämlich nur nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes. In der Praxis wird zwar, soweit bekannt, nicht bewußt so gedacht. Soweit ersichtlich, hat sich auch das Schrifttum in dieser Form noch nicht mit dem Problem beschäftigt. Nach welchen Kriterien sonst aber sollte die Entscheidung getroffen werden? Inwiefern die Einwände gegen eine repräsentative Rechtstatsachenermittlung im Einzelfall berücksichtigt werden sollen, ist nun einmal keine Frage der Durchführung. Wie im Beispielsfall die Daten am zuverlässigsten erhoben werden[17], ist, soweit es hier interessiert, bekannt, nämlich durch eine repräsentative Befragung. Für den Sachverhalts-Sachverständigen stellt sich insofern nur die Frage nach der Wahl der Methode, z. B. Interview, schriftliche Befragung[18]. Zu untersuchen ist jedoch zuvor, ob und inwieweit das Gesetz eine solche Ermittlungsperfektion (in der Durchführungsphase) im Einzelfall will. Was das Gesetz will, wird jedoch bekanntlich nach den in der Rechtsmethodenlehre ausgearbeiteten Grundsätzen ermittelt. Diese Ermittlung nach den juristischen Methoden stellt, soweit es hier interessiert, nichts anderes dar, als die Ausformulierung des Rechtsproblems in der Definitionsphase bis zur Durchfüh-

14 Vgl. dazu in einer empfehlenswerten Übersicht: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, Bd. 1, Baden-Baden 1978, mit Beiträgen von *Lüderssen/Noelle-Neumann/Raiser/Teubner* und *Zielcke*. Hrsg. Hassemer, Hoffmann-Riem, Weiss.

15 Nicht nur als Notbehelf, weil eine Rechtstatsachenermittlung fehlt. Vgl. gleich zu Beginn dieser Arbeit bei der Problementdeckung (S. 18 ff.) und oben Nr. 1 (S. 54 f.).

16 Vgl. auch schon oben S. 20 f.

17 Also: Wie durchgeführt werden soll.

18 Hinzu kommen dann selbstverständlich die weiteren Schritte in der Durchführungsphase, wie: Ermittlung der Untersuchungsvariablen, Festlegung der Untersuchungsanordnung und des Auswahlplans, Entwicklung der Erhebungsinstrumente.

rungsreife. In das sich daraus ergebende System sind u. a. auch die neuen BGH-Entscheidungen einzuordnen, welche Umfragegutachten für den Fall vorschreiben, daß die intuitive Alltagsforschung des Instanzgerichts nicht zu Ergebnissen geführt hat, die sich mit der intuitiven Alltagsforschung des BGH decken[19]. Spätestens an dieser Stelle wird auch offenkundig, daß die Frage, inwieweit die gegen die repräsentative Rechtstatsachenermittlung erhobenen Einwände zu berücksichtigen sind, nicht zeitlos beantwortet werden kann. Die Zeitumstände wirken sich aus. Insbesondere: Je stärker sich die repräsentative Rechtstatsachenermittlung entwickelt haben wird, desto weniger werden die Einwände zu beachten sein.

2.2 Sittenwidrigkeit, Gerechtigkeitsgefühl

Aufschlußreich für die hier interessierende Problematik ist aus der Praxis ebenso:

In der Definitionsphase, nicht in der Durchführungsphase, muß geklärt werden, ob auf das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" oder auf das Anstandsgefühl allein des gesetzlichen Richters abzustellen ist.

Hier einzuordnen sind auch diese zur Zeit intensiv diskutierten Themen:

- Wie wird festgestellt, daß es auf die „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft" ankommt[20].
- Die Entscheidung nach dem Kriterium der Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, z. B.

---

19 Vgl. insbesondere die bereits auf S. 15 unter c) aufgeführte BGH-Entscheidung vom 10. 2. 82 Möbel-Haus.

20 Vgl. *Benda*, Konsens, Meinungsforschung und Verfassung, in: DÖV 1982, 877 ff. (881 f.) und *Noelle-Neumann*, Das Bundesverfassungsgericht und die ungeschriebenen Gesetze – Antwort an Ernst Benda, DÖV 1982, 883 ff. Sinn und Zweck der hier vorgelegten Arbeit ist nicht, nun hier auf jede Einzelheit einzugehen; vgl. oben I. Abschnitt, S. 11 ff. Hier soll nur ein System zur Ordnung und Fortentwicklung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen vorgelegt werden. Aus dieser Sicht ist zu den Ausführungen von *Benda* u. a. festzustellen: Ob – wie es das Bundesverfassungsgericht in den von Benda erwähnten Entscheidungen getan hat – auf das „allgemeine Gerechtigkeitsempfinden", auf die „Gerechtigkeitsvorstellungen", das „Gerechtigkeitsgefühl" oder die „allgemeinen Gerechtigkeitserwartungen" abgestellt werden muß, ist eine Frage der Definition des Rechtsproblems. Ebenso handelt es sich um eine Frage der Definition des Rechtsproblems, wenn zu klären ist, ob auf den Meinungsstand in der Öffentlichkeit abzustellen ist oder auf „ein spezielles Gerechtigkeitsempfinden, das sich maßgeblich an den Entscheidungen der Verfassung und, soweit diese Alternativentscheidungen ermöglicht, an den Gerechtigkeitsvorstellungen des parlamentarischen Gesetzgebers orientiert" (a.a.O. S. 881 unten/882 oben).
Wenn es auf den Meinungsstand in der Öffentlichkeit ankommen soll, dann allerdings muß der rechtserhebliche Tatbestand grundsätzlich mit repräsentativer Rechtstatsachenermittlung festgestellt werden. Innerhalb der Durchführungsphase stellt sich die Frage der Angemessenheit einer Forschungsmethode und eines Forschungsinstruments. Ob die von *Benda* mit Hinweis auf *Robbers* auf S. 881 r. Sp. erwähnten Belege angemessen sind, ist damit eine Frage der Durchführungsphase. Mit einer Ausnahme: Was sozialforscherisch richtig ist, kann durch Einwände aus juristischer Sicht abzuändern sein. Die Definition des Rechtsproblems kann ergeben, daß keine perfekte Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts gewünscht wird, weil – vgl. oben S. 62 – nach dem Sinn und Zweck andere Aspekte eine andere Art der Ermittlung verlangen.

zur Zulässigkeit des Betriebes von Striptease-Lokalen, zur Durchführung von Damen-Boxkämpfen „oben ohne", zur Zulässigkeit von Peep-Shows[21].

Ebenso gehört in die Definitionsphase die Beantwortung der Frage, was überhaupt unter „Anstandsgefühl" zu verstehen ist.

Zur Durchführungsphase gehört es dagegen zu entscheiden, ob der für das definierte Problem erhebliche Tatbestand mit – wie in einer unveröffentlichten Umfrage geschehen – der Frage ermittelt werden kann: „Fühlen Sie sich belästigt, wenn..." Zu dieser Entscheidung kann somit nach den allgemeinen Grundsätzen ein Umfrage-Sachverständiger herbeigezogen werden. Unzulässig wäre es dagegen beispielsweise, einen Umfrage-Sachverständigen zu der Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob – vgl. oben – es im konkreten Fall auf die Wertvorstellungen Dritter ankommt oder nicht.

Wie immer, nehmen die Vorfragen eine Sonderstellung ein. So kann sich bei der Rechtsauslegung die Vorfrage ergeben, inwieweit es heute überhaupt einheitliche oder mehrheitliche Wertvorstellungen gibt. In solchen Fällen handelt es sich um eine Definitionsfrage mit der Vorfrage nach einem Sachverhalt, zu welchem der für

---

21 Vgl. *Gusy*, Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, in: DVBl. 1982, 984 ff., *v. Olshausen*, Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?, in NJW 1982, 2221 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen; außerhalb der Fachliteratur, vgl. z. B. DER SPIEGEL Nr. 36/1981, S. 97: „Mit einem Beweisbeschluß sucht das Gericht Unterstützung bei der Demoskopie. Ein Meinungsforschungsinstitut soll jetzt in Essen ermitteln, ob der Sex-Voyeurismus von den Bewohnern der Püttstadt tatsächlich als anstößig empfunden wird oder nicht – ein Novum." – Die Einordnungsprobleme wiederholen sich jetzt nur noch. Sie stellen sich so, wie sie soeben in Fußnote 20 beschrieben worden sind. Ein Bespiel: *v. Olshausen* führt a.a.O. aus: „Resümee. Die Entscheidung des BVerwG ist Ausdruck eines letztlich totalitären Werte-Absolutismus, der keinen Raum mehr läßt für divergierende Anschauungen und anstelle der freien Entscheidung des einzelnen nur noch gelten läßt, was eine letztverbindlich entscheidende staatliche Instanz für die ‚wahre' Verwirklichung der Menschenwürde hält. Das BVerwG meint offenbar, Maßstäbe der Sittlichkeit ‚um ihrer selbst willen' realisieren zu können, was dasselbe Gericht in früheren Entscheidungen ausdrücklich abgelehnt hatte." Ob es richtig ist, mit dem BVerwG die Sittenwidrigkeit ausschließlich mit der Ansicht des BVerwG über die Menschenwürde zu begründen, ist eine Frage der Definition des Rechtsproblems. § 33 a II Nr. 1 GewO, nach dem die Erlaubnis versagt wurde, lautet bekanntlich: „Die Erlaubnis ist nur dann zu versagen, wenn gegen den Nachsuchenden Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß die beabsichtigten Veranstaltungen den Gesetzen oder guten Sitten zuwiderlaufen werden". Die vom BVerwG vertretene Ansicht hat unter anderem zur Voraussetzung, daß jedenfalls im konkreten Fall zum Begriff der guten Sitten nach der Definition dieses Gesetzesmerkmals ausschließlich auf die Ansicht des Gerichts abzustellen ist. Zu einem solchen Ergebnis kann die Definition des Rechtsproblems entweder führen, wenn schon dem Grundsatz nach zum rechtserheblichen Sachverhalt nur auf die Ansicht des Gerichts abzustellen ist. Die Definition des Rechtsproblems kann zu diesem Ergebnis aber auch dann gelangen, wenn nach der Rechtsauslegung zwar allein oder auch die Vorstellungen Dritter zu berücksichtigen sind, aufgrund anderer Erwägungen jedoch trotzdem von der Ermittlung der Vorstellungen dieser Dritten abgesehen werden muß oder wenigstens darf. Auch erscheint in diesem Zusammenhang bezeichnenderweise ein anderer Hinweis wieder: auf den Rechtsprechungs-Wirrwarr, zu dem vor allem *Schneider* Stellung bezogen hat, s. o. S. 17 Fußn. 20.

die Definition Zuständige beim Sachverhalts-Sachverständigen u. U. rückfragen muß[22].

In diesem Zusammenhang treten dann auch Abgrenzungsprobleme zwischen der Definitions- und der Analysephase auf[23].

2.3 Ermittlung des Handelsbrauchs nach § 346 HGB

Die Industrie- und Handelskammern beklagen sich mit Recht darüber, daß ihnen die Gerichte immer wieder aufgeben, „den Handelsbrauch" zu ermitteln. Aufgabe der in der Durchführungsphase tätigen Industrie- und Handelskammern ist es aber nicht, „den Handelsbrauch" zu ermitteln. In der Durchführungsphase ist vielmehr nur der Sachverhalt zu ermitteln, der dem Juristen zur Beurteilung der Frage nach dem Bestehen eines Handelsbrauches bekannt sein muß. Aufgabe des in der Durchführungsphase zugezogenen Sachverständigen ist es somit nicht, am Ende seines Gutachtens festzustellen, ob ein Handelsbrauch besteht. Er würde mit einer solchen Feststellung seine Kompetenzen an einer entscheidenden Stelle überschreiten. Ob ein Handelsbrauch besteht, entscheidet in einem Gerichtsverfahren der Richter; teilweise in der

22 Ein Beispiel für eine solche Vorfrage: Ein Gericht kann sich zu der üblichen Formulierung „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" fragen, inwieweit es zur Zeit auf einem für das Gericht maßgeblichen Gebiet überhaupt eine einheitliche Wertvorstellung der „billig und gerecht Denkenden"gibt. Eine solche Sachverhalts-Vorfrage läßt sich am zuverlässigsten mit repräsentativer Rechtstatsachenermittlung durch Befragen feststellen. Welche Konsequenzen das Gericht aus einer entsprechenden Sachverhalts-Antwort zur Auslegung des Rechtsbegriffs ziehen will, ist wiederum eben eine Frage der Definition des Rechtsproblems (für die ausschließlich das Gericht, nicht ein Sachverhalts-Ermittler zuständig ist). – Wer die hier auftretenden Fragen verfolgt, wird feststellen, wie sehr die Rechtsprechung – was die Einordnung anbetrifft – behelfsmäßig arbeitet. Z. B. behelfen sich Rechtsprechung und Schrifttum häufig damit, daß sie sich auf den „Durchschnittsgewerbetreibenden" oder auf die „herrschende Rechts- und Sozialmoral" berufen, vgl. z. B. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 14. Aufl., RdNr. 2 zu § 1 UWG; *Palandt*, 43. Aufl., Anm. 1 b aa zu § 138 BGB. Wer ist beispielsweise der Durchschnittsmensch, wenn eine repräsentative Rechtstatsachenermittlung ergibt, daß 30% Meinung 1 vertreten, 30% Meinung 2, und 60% keine Meinung haben? Soweit der Verf. bislang feststellen konnte, wurde auf den „Durchschnitts-" immer nur abgestellt, wenn nach der Rechtsauslegung zwar die Einstellung und das Verhalten Dritter zu berücksichtigen waren, repräsentative Rechtstatsachenermittlung jedoch nicht betrieben wurde. Es handelte sich immer um Fälle, bei denen das Gericht oder der Fachschriftsteller „einfach sein eigenes naturgemäß als Ergebnis eines dem Verkehr normalerweise fremden Prüf- und Denkprozeß gewonnenes Verständnis seiner Beurteilung zugrunde legte". Das Zitat stammt aus BGH GRUR 1982, 493 [Möbel-Haus], oben S. 15 unter c].

23 Ein Beispiel: Soll bereits in der Definitionsphase oder erst in der Analysephase festgelegt werden, welcher Prozentsatz nach Ansicht des Gerichts erforderlich ist, um einen Verstoß gegen die guten Sitten bejahen zu können? Vgl. dazu im Rahmen einer zur Zeit noch häufig auftretenden Problematik gleich anschließend Fußn. 24. Systematisch gehören solche Fragen zu der im nächsten Kapitel beschriebenen „Vertiefung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife".

Definitionsphase und teilweise in der Analysephase[24]. Er zieht dazu den vom Sachverständigen ermittelten Sachverhalt hinzu – z. B. die Feststellung, daß ein bestimmter Prozentsatz annimmt, im Kaufpreis sei die Mehrwertsteuer enthalten. Nicht jedoch ist für den Richter nach den für die Berücksichtigung von Sachverständigengutachten maßgeblichen Grundsätzen die Ansicht des Sachverständigen dazu maßgeblich, ob die ermittelten Prozentzahlen im konkreten Fall auf einen Handelsbrauch rückschließen lassen oder nicht. Der für die Definitionsphase Zuständige wird nur u. U. zu Vorfragen beim Sachverständigen rückfragen. Z. B. kann es für den für die Definitionsphase und für die Analysephase Zuständigen erheblich sein, welche Sachverhaltsverhältnisse in einem ihm zum Vergleich interessierenden Fall bestehen. Ob sich der für die Definitionsphase und für die Analysephase Zuständige für solche Vorfragen interessieren muß, hängt vom Sinn und Zweck des Gesetzes ab; dieses Thema betrifft aber schon nicht mehr die hier interessierende Abgrenzung, sondern die im nächsten Kapitel abgehandelte Vertiefung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife.

Für viele wird allein schon dieses Beispiel „Handelsbrauch" die Problematik hinreichend aufdecken. Mancher wird sogar einwenden, diese Abgrenzung sei doch selbstverständlich und müsse gar nicht erst erörtert werden. Wer so denkt, verkennt die Praxis. Der hier beschriebene Fehler ist beispielsweise in der, soweit feststellbar, weittragendsten und bekanntesten Rechtsprechung unter Heranziehung eines Gutachtens der Industrie- und Handelskammern unterlaufen: nämlich bei der Rechtspre-

---

24 Auch hier tritt das Problem der Abgrenzung Definitionsphase/Analysephase auf. Dieses Abgrenzungsproblem unterscheidet sich grundsätzlich von dem Abgrenzungsproblem Definitionsphase/Durchführungsphase. Wesentlich ist zunächst, daß dieses Abgrenzungsproblem nicht gleichzeitig ein Zuständigkeitsproblem aufwirft. Sowohl für die Definitions- als auch für die Analysephase ist, wie ausgeführt, grundsätzlich ausschließlich der Jurist zuständig; in Gerichtsverfahren somit letztendlich das Gericht. Entscheidend für die Abgrenzung Definitionsphase/Analysephase ist, ob die Frage bereits für die Durchführungsphase beantwortet sein muß oder nicht. Auch zu der hier angesprochenen Problematik gibt es für die repräsentative Rechtstatsachenermittlung, soweit ersichtlich, noch keine Rechtsprechung und noch keine Literatur. Auf die Anforderungen des Sachverhalts-Ermittlers ist deshalb, soweit es hier interessiert, abzustellen, weil die Definition des Rechtsproblems kein Selbstzweck ist. Die Definition muß nur so weit vorangetrieben werden, wie das zu einer vollständigen Ermittlung des rechtserheblichen Tatbestandes erforderlich ist. Das hat unter anderem zur Folge, daß auch die Abgrenzung Definitionsphase/Analysephase von Entwicklungen abhängig ist; insbesondere von der Entwicklung der Methoden und Techniken zur repräsentativen Rechtstatsachenermittlung. Denkbar ist beispielsweise – die methodischen Voraussetzungen dazu bestehen bereits –, daß eine Untersuchung so durchgeführt wird: Die Befragung kann abgebrochen werden, wenn feststeht, daß ein bestimmter Prozentsatz auf jeden Fall erreicht wird. Bei Umfragen zum Handelsbrauch allerdings ist die Zeit zu einem solchen Vorgehen noch nicht reif. In greifbare Nähe ist ein solches Vorgehen eher bei Umfragen zur Irreführungsgefahr gerückt. Das ergibt sich insbesondere im Hinblick darauf, daß nach einer in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Ansicht „eine Irreführung von 10% der relevanten Verkehrskreise über ein wesentliches Angebotsmerkmal für die Anwendung von § 3 UWG genügt", vgl. OLG München WRP 1983, 293 ff., ausführlicher zu dieser Prozentfrage z. B. *Micheli* in: GRUR 1979, 718 f. in einer Anm. zum BGH-Urteil „Kontinent Möbel" unter Einbeziehung der vom BGH gebilligten Additionsmethode sowie zuletzt *Tilmann*, GRUR 1984, 716 r. Sp.

chung zu der nach den §§ 133, 157, 242 BGB, 346 HGB zu klärenden Frage, ob die Mehrwertsteuer im Kaufpreis enthalten ist[25]. Aufgrund der mangelhaften Trennung der Phasen hat der Deutsche Industrie- und Handelstag in seinem Gutachten vom 27. 8. 74 zusammenfassend auf S. 14 gegenüber dem LG Köln erklärt:

„Es besteht somit ein **allgemeiner Handelsbrauch** der Art, daß der zwischen zwei umsatzsteuerpflichtigen und vorsteuerabzugsberechtigten Unternehmern für eine Lieferung oder sonstige Leistung i. S. des Umsatzsteuergesetzes 1967 vereinbarte Preis lediglich das sogenannte umsatzsteuerliche Entgelt darstellt, neben welchem der liefernde oder leistende Unternehmer noch die auf ihn entfallende MWSt fordern darf."

Das Gutachten hätte nur Gruppendaten, Prozentzahlen, angeben dürfen, also beispielsweise: Bei schriftlichen Vereinbarungen nehmen 68% der Vollkaufleute aus dem Dienstleistungsgewerbe an, daß die gesetzliche MWSt. zusätzlich zu dem in der Vereinbarung genannten Kaufpreis entrichtet werden muß. Ob diese 68% ausreichen, um einen bei der Auslegung nach § 346 HGB maßgeblichen Handelsbrauch bejahen zu können, hat der für die Durchführungsphase hinzugezogene Sachverständige dagegen nicht abschließend zu beurteilen. Der Sachverständige darf von dem für die Definitionsphase und für die Analysephase allein Zuständigen, wie erwähnt, lediglich zu Vorfragen befragt werden, soweit nach dem Sinn und Zweck der anzuwendenden Norm Sachverhalts-Vorfragen gestellt werden müssen.

2.4 Weitere Gebiete, u. a.: Überschreitung der Sachverständigen-Kompetenzen in der Gesetzgebung

Bis jetzt wurden nur Beispiele aus der Rechtsprechung angeführt. Beispiele gibt es aber selbstverständlich genauso aus allen anderen Bereichen, in denen mit repräsentativer Rechtstatsachenermittlung gearbeitet wird. Die Beispiele wurden nur deshalb aus der Rechtsprechung ausgewählt, weil sie zur Zeit am anschaulichsten sind. Auf anderen Gebieten wird die Gefahr von Kompetenzüberschreitungen teilweise sogar noch größer sein als in der Rechtsprechung. Das gilt z. B. für das Gebiet der Gesetzgebung. Im Jahre 1980 hat beispielsweise der Gesetzgeber die Aufgabe gestellt[26]:

„Das Vorhaben soll Aufschluß darüber geben, welche Bedeutung ... zukommt.

In diesem Rahmen sind Auskünfte über folgende Fragestellungen erwünscht.

1. Entwicklungstendenz...".

Nach den in den Nrn. 2.1–2.3 aufgeführten Beispielen ist offenkundig, wie groß die Gefahr ist, daß in Fällen dieser Art der Gesetzgeber dem Sachverständigen Kompetenzen einräumt, die diesem gar nicht zustehen. Auch im Gesetzgebungsverfahren muß selbstverständlich darauf geachtet werden, daß der für die Durchführung hinzugezogene Sachverständige nur den rechtserheblichen Sachverhalt ermittelt. Welcher Sachverhalt erheblich ist, entscheidet – wie sonst auch – ausschließlich und ohne Hinzuziehung des für die Durchführungsphase zuständigen Sachverständigen der Gesetzgeber. Nur zu Sachverhaltsfragen muß und darf der Gesetzgeber beim Rechtstatsachenermittler rückfragen[27].

25 Eingehend bereits *Palandt*, 43. Aufl., Anm. 3 zu § 157 BGB, Stichwort „Mehrwertsteuer".

26 Vom Verf. anonymisiert.

27 Die in den Nrn. 2.1–2.3 dargestellten Abgrenzungsprobleme wiederholen sich also; so offensichtlich, daß sie hier für die Gesetzgebung gar nicht mehr im einzelnen gesondert dargestellt werden müssen.

2.5 „Die beteiligten Verkehrskreise"

Auch heute noch verlangen Gerichte und andere Auftraggeber von den Instituten und den Industrie- und Handelskammern schlechthin, die Einstellungen und das Verhalten „der beteiligten Verkehrskreise" zu ermitteln. Wer die beteiligten Verkehrskreise sind, bestimmt jedoch nicht der Sachverhaltsermittler. Diese Entscheidung hat der verantwortliche Jurist zu treffen. Er gibt dem Sachverhaltsermittler vor, wer zu den beteiligten Verkehrskreisen gehört. Die Bestimmung, wer im einzelnen zu den beteiligten Verkehrskreisen gehört, betrifft nicht mehr die hier abgehandelte Abgrenzung der Definitions- von der Durchführungsphase, sondern die im nächsten Kapitel beschriebene Vertiefung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife. Vgl. dort.

3. Kapitel: Vertiefung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife, insbesondere: Die bestmögliche Formulierung von Beweisbeschlüssen

1 Grundsätze

Aus dem Sinn und Zweck der Arbeitsschritte[28] ergibt sich, daß das Rechtsproblem in der Definitionsphase bis zur Durchführungsreife ausformuliert werden muß[29]. Das Problem ist so eingehend zu definieren, daß der Sachverhalts-Ermittler bestmöglich den rechtserheblichen Sachverhalt ermitteln kann. Wenn für den Sachverhaltsermittler Unsicherheiten entstehen, muß er rückfragen[30]; und es muß dann erneut in die Definitionsphase eingetreten werden.

Dementsprechend muß der Jurist bei der Ausformulierung des Rechtsproblems die sich in der Durchführungsphase stellenden Probleme soweit kennen und formulieren, daß der Sachverhaltsermittler die sich ihm stellenden Aufgaben bis in die Einzelheiten hinein erkennen kann. Die Praxis zeigt, daß er sich zur Zeit nur in geringem Maße darauf verlassen darf, der Sachverhaltsermittler werde schon die erforderlichen Rückfragen stellen. Genauso wie der Jurist Schwierigkeiten hat, sich in die Durchführungsphase hineinzudenken, genauso hat der Sachverhaltsermittler Schwierigkeiten, sich in die Definitionsphase hineinzudenken. Außerdem befürchtet der Sachverhaltsermittler eben doch öfters, als man annehmen möchte, sich zu „blamieren". Nach den Erfahrungen des Verf. empfiehlt sich für den Juristen, jeweils systematisch

---

28 In der Sprache der Forschung: Aus dem Sinn und Zweck der Forschungsphasen.

29 Vgl. schon S. 51 ff.

30 Die Erfahrung zeigt, daß viel zu wenig rückgefragt wird. Vgl. dazu die auf S. 71 ff. aufgeführten Beispiele und schon oben S. 13. Daß nicht rückgefragt wird, beruht nach den Erfahrungen des Verf. vor allem darauf, daß der Rechtstatsachen-Ermittler meist die Problemdefinition gläubig hinnimmt. In anderen Fällen ist er sich jedenfalls nicht blößensicher, d. h. er hält es für möglich, daß er sich bei einer Rückfrage eine Blöße gibt, und zieht es dann vor, vorsorglich zu schweigen. Hinzu kommen die gleich anschließend beschriebenen Schwierigkeiten des Rechtstatsachenermittlers, sich in die Definitionsphase hineinzudenken. – Dennoch gehört der Fragebogen nicht in den Beweisbeschluß (anders jedoch *Böhm* in seiner Doktorarbeit). § 359 ZPO ist weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck nach erfüllt. Der Beweisbeschluß soll die Entwicklung der Sachverständigeninstrumente veranlassen, nicht beinhalten. Es besteht kein Grund, für repräsentative Befragungen eine systemwidrige Ausnahme zu machen.

bei der Formulierung seiner an den Sachverhaltsermittler zu stellenden Anfrage zumindest die Einhaltung der nachfolgenden Grundsätze zu überprüfen. Diese Grundsätze gelten z.B. gleichermaßen für den – einen Beweisschluß formulierenden – Richter wie für den – eine soziologische Studie anfordernden – Gesetzgeber. Sie, diese Grundsätze, sind Teil einer umfassenden juristischen Formulierungstechnik[31]. Von dieser umfassenden juristischen Formulierungstechnik stehen hier die Grundsätze zum bestmöglichen Verstehen der Formulierung im Vordergrund. Die Grundsätze zur Suggestivformulierung und die psychotaktischen Grundsätze stehen demgegenüber bei der Definition der Rechtsfrage im Hintergrund. Diese beiden Gruppen gewinnen dann bei der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts (in der Durchführungsphase) überwiegende Bedeutung. Was das bestmögliche Verstehen von Beweisbeschlüssen und von Gesetzgeberanfragen anbetrifft, zeigen schon die nachfolgend aufgeführten Beispiele, daß die Formulierung schwieriger ist, als man wahrhaben möchte. Zum bestmöglichen Verstehen muß zumindest die Einhaltung dieser Anforderungen jeweils systematisch überprüft werden:

§ 1 Keine Fremdwörter
§ 2 Keine **Fachbezeichnungen**
§ 3 Keine anderen, mitunter schwer verständlichen Ausdrücke – wie „und/oder"
§ 4 Möglichst **genaue Angabe des rechtserheblichen Bezugsrahmens**, insbesondere hinsichtlich:
  a) Überlegender und flüchtiger Reaktion
  b) Kein Verwechseln verwandter Rechtsprobleme, wie z.B. des Kennzeichnungs- und des Bekanntheitsgrades
  c) Genaue Bestimmung der rechtserheblichen Personen oder Gegenstände
  d) Keine überflüssigen Themen
§ 5 Keine unlogischen oder widersprüchlichen Formulierungen
§ 6 Genaue Ortsangaben
§ 7 **Genaue Zeitangaben**, folglich keine Angaben wie: oft, häufig, regelmäßig, gelegentlich, selten, nie
§ 8 Genaue Mengenangaben
§ 9 Keine abstrakten oder komplexen Wörter, Sätze und Satzteile
§ 10 Keine sonstigen mehrdeutigen Bezeichnungen – wie z.B. **„beziehungsweise"**
§ 11 Keine Möglichkeit zu irreführender Betonung
§ 12 Grundsätzlich keine Synonyme
§ 13 Keine weniger gewohnten und weniger gebräuchlichen Bezeichnungen
§ 14 Kein ungewohnter Bezugsrahmen
§ 15 Keine negativen Formulierungen
§ 16 Möglichst kurze Sätze
§ 17 Nur ein Thema in einem Satz
§ 18 Möglichst wenig Nebensätze
§ 19 Keine umständlichen Texte
§ 20 Keine (sonstigen) schwierigen grammatikalischen Konstruktionen und keine sonstigen komplizierten Formulierungen

31 Verfaßt ist eine solche Formulierungstechnik freilich noch nicht.

Mit anderen Worten:

In Gerichtsverfahren stellt der Beweisbeschluß den Abschluß der Definitionsphase dar. Dem Beweisbeschluß in Gerichtsverfahren entspricht die Anweisung der Unternehmen und ihrer Anwälte zur Erstattung von Parteigutachten. Bei Sachverhaltsermittlungen für die Gesetzgebung entspricht dem Beweisbeschluß die Anweisung des Gesetzgebers an den Sachverhaltsermittler. Bei der Formulierung muß der Jurist, wie immer, die Grundsätze der Formulierungstechnik einhalten, d. h. insbesondere, er muß so formulieren, daß der Sachverhaltsermittler das Problem bestmöglich versteht.

Um diese Grundsätze einhalten zu können, muß der Jurist zur Zeit verhältnismäßig häufig Neuland betreten. Er ist gezwungen, das Rechtsproblem zu vertiefen. Anschaulich kann man mit Fikentscher[32] von „Rechtsneubildung" sprechen. Das gilt insbesondere für die bestmögliche Bestimmung des Bezugsrahmens (§ 4). Die Rechtsneubildung hat, wie sonst auch, nach den bekannten Methoden des Rechts zu erfolgen, somit z. B. nach der Regelungsabsicht, den Zwecken und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers sowie nach objektiv-teleologischen Kriterien wie Gleichbewertung des Gleichsinnigen, argumentum a majore ad minus, argumentum e contrario, argumentum ad absurdum[33].

Zu den wichtigsten Themen im Rahmen der Vertiefung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife gehört die genaue Bestimmung der beteiligten Verkehrskreise im Rahmen von – vgl. die oben aufgeführte „Checkliste" – § 4c. Der verantwortliche Jurist hat – von Sachverhaltsvorfragen abgesehen – z. B. diese, sich zum Teil überschneidenden Fragen zu beantworten:

Sollen nur Personen einbezogen werden, die kaufen *und* verbrauchen? Welche Zeiträume sind für die Voraussetzungen Kauf und Verbrauch maßgeblich? Ist z. B. eine alleinstehende achtzigjährige Dame zur Bedeutung der Bezeichnung „Kölsch" zu befragen, wenn sie selbst kein Bier trinkt, den Haushalt aber alle drei Monate für einen zweitägigen Besuch des studierenden Enkels mit Bier eindeckt?

Ist nur auf den konkret in Betracht kommenden Abnehmerkreis abzustellen? Sind auch die potentiellen Abnehmer einer Warengattung zu berücksichtigen? Sollen zu den potentiellen Abnehmern nur die aktuell Interessierten gerechnet werden? Sollen immer die Verwender von Konkurrenzprodukten einbezogen werden? Sind „entferntere potentielle Abnehmer" einzubeziehen?

Muß von Produkt zu Produkt entschieden oder können allgemeine Grundsätze aufgestellt werden? Ist unter Umständen von Norm zu Norm anders zu entscheiden, z. B. was die potentiellen Abnehmer im Rahmen des § 3 UWG einerseits und im Rahmen der §§ 25, 31 WZG andererseits anbetrifft?

Ist bei der Ermittlung der Verkehrsgeltung einer Verpackung die Gesamtverbraucherschaft oder sind nur die Käufer und Verwender dieser Ware einzubeziehen?

---

32 A.a.O. (S. 53 Fußn. 6), Bd. IV, S. 232.

33 Vgl. insbesondere *Fikentscher* a.a.O. (S. 53 Fußn. 6), Bd. IV, S. 356 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. (1983), S. 307 ff. Leider fehlen Rechtsprechung und Literatur speziell zu den nun anstehenden Aufgaben der Rechtsneubildung auf dem Gebiet der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen.

Eine möglichst vollständige Aufzählung mit einer Angabe von Fundstellen erübrigt sich für die mit dieser Arbeit angestrebte Darstellung der wichtigsten Grundlagen als Basis einer Entwicklung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung. Die Kommentare geben den erforderlichen Einblick zum gegenwärtigen Stand von Rechtsprechung und Literatur.

An dieser Stelle interessieren die Grundlagen, nämlich: Entscheiden muß der Jurist, wie erwähnt, nach den auch sonst für die Formulierung des Rechtsproblems bis zur Durchführungsreife geltenden Rechtsgrundsätzen. Soweit sich das bis jetzt beurteilen läßt, wird die oft schwierige Bestimmung meist aufgrund der objektiv-teleologischen Grundsätze argumentum ad absurdum, argumentum e contrario und Gleichbehandlung des Gleichsinnigen erfolgen können. Bis jetzt gibt es in Rechtsprechung und Literatur kaum Versuche, systematisch nach diesen Grundsätzen die beteiligten Verkehrskreise zu ermitteln. Vorbild ist nur die Abhandlung Schricker, Zum Begriff der „beteiligten Verkehrskreise" im Ausstattungsrecht, GRUR 1980, 462 ff.; vgl. zu ihm ergänzend Andersen, GRUR 1981, 160 ff. Schricker bestimmt dort insbesondere mit einem argumentum e contrario im Rahmen einer Interessenabwägung. Vgl. z. B. a.a.O. S. 469: „Einbeziehung der potentiellen Geschäftskreise bedeutete, daß man die schutzbedürftigen aktuellen Verkehrsbeteiligten schlechter stellte, ohne daß die potentiell Beteiligten irgendetwas davon profitierten." Ebenso ermittelt – ein weiteres, erheblich kürzer gehaltenes Beispiel – zutreffend Tilmann mit einem Umkehrschluß, daß bei möglicherweise irreführenden Werbeangaben potentielle Abnehmer einbezogen werden müssen, vgl. GRUR 84, 721: „Nur so kann der Irreführungsschutz seine Aufgabe erfüllen."

Hierher gehören ebenso alle sonst die Rechtsauslegung betreffenden Vertiefungsfragen; z. B. die Frage, ob es auf den flüchtigen oder auf den sorgfältig beobachtenden Adressaten im Rahmen des § 3 UWG ankommt. Hierher gehören ebenso die oben bereits nebenbei erwähnten Fragen zur Abgrenzung der Definitions- von der Analysephase, vgl. Fußn. 23 und 24. Die Vertiefung der Definition kann enden, wenn mit der Durchführung begonnen und später der in der Durchführungsphase ermittelte rechtserhebliche Sachverhalt analysiert werden kann

2 Beispiele

2.1 Ein Beweisbeschluß zu § 3 UWG mit Fehlern u. a. nach § 4 (Bezugsrahmen), § 10 (Mehrdeutige Ausdrücke), § 20 (Schwierige grammatikalische Konstruktion), § 16 (Zu lange Sätze), § 17 (Mehrere Themen in einem Satz)

Das OLG Köln hat zu einem auch von der Tagespresse verfolgten Prozeß am 8. 7. 77 diesen Beweisbeschluß erlassen[34]:

34 Beschluß des OLG Köln vom 8. 7. 77 – Az.: 6 U 17/77.

I. Es soll Beweis über die Frage erhoben werden, welche Vorstellungen die maßgeblichen Verkehrskreise mit dem Begriff „Kölsch" als Bierbezeichnung verbinden, insbesondere:

a) ob sie ihn nur als Gattungs-[=Biersorten-]Bezeichnung oder – bzw. und auch – als Herkunftshinweis, bejahendenfalls auf welche Herkunft, verstehen;

b) ob und in welchem Sinne sie mit der Bierbezeichnung „Kölsch" besondere Qualitätsvorstellungen verbinden;

durch Einholung des Gutachtens eines Meinungsforschungsinstituts.

II. Bei der Befragung sollen als maßgebliche Verkehrskreise die für den Kauf von Bier sowohl aus Gaststätten als auch – in Flaschenform – aus anderen Verkaufsstätten in Betracht kommenden Einwohner der Stadt Köln – diese anteilsmäßig deutlich überwiegend – sowie der näheren, in einem Erörterungstermin mit den Parteien und dem Sachverständigen noch zu umgrenzenden Umgebung Köln angesprochen werden.

III. Mit der Erstattung des Gutachtens soll ... [Name des Instituts] beauftragt werden.

Zu diesem Beweisbeschluß wurde ein Fragebogen entworfen, der „mustergültig" eine Vielzahl von Befragungsfehlern enthält. Wer wüßte, wer diesen Fragebogen entwikkelt hat[35], hielte es für ausgeschlossen, daß derartige Fehler – und dann auch noch derart geballt – unterlaufen könnten. Bereits dieser Fragebogen belegt[36], daß sich im Verhältnis: problemdefinierender Jurist einerseits/Sachverhaltsermittler andererseits auch Befragungskriterien auswirken, denen der eine oder andere nach persönlicher Einschätzung[37] nur im Verhältnis Sachverhaltsermittler einerseits/Befragter andererseits Bedeutung beimessen würde. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit werden nachfolgend in dem Beweisbeschluß Fehler unter Hinweis auf die Paragraphen der Fehler-„Checkliste" [S. 69] gekennzeichnet. Weitere Erläuterungen erübrigen sich schon deshalb, weil die Fehler in den weiteren Beispielen wiederkehren und dort erläutert werden[38].

35 Einer der erfahrensten Soziologen für das Gebiet der empirischen Forschung für das Recht.

36 An dieser Stelle befanden sich ursprünglich umfangreiche Hinweise zum befragungstechnischen Teil dieser Arbeit, die versuchten, den Zusammenhang zwischen den in der Fragebogenformulierung unterlaufenden Fehlern zu den Beweisbeschluß-Formulierungsfehlern nachzuweisen. Da der Teil Durchführungsphase, wie ausgeführt, gestrichen werden mußte, kann an dieser Stelle nur erwähnt werden: Hauptfehler dieses Fragebogens sind: Der Befragte wurde mehrfach fehlerhaft in die Rolle des Sachverständigen gedrängt; es wurde nicht der Eindruck auf den flüchtigen Betrachter ermittelt, der Befragte wurde vielmehr fortlaufend zum Nachdenken gezwungen; der Fragebogen enthält ungenaue Zeitangaben; der Befragte wurde verwirrt und verärgert, Lerneffekte wurden eingebaut, juristische Fachbezeichnungen wurden teils unverändert und teils nur andeutungsweise übersetzt an den Befragten weitergegeben; zu lange Sätze wurden formuliert; die Fragen kompliziert gestellt; Bezeichnungen waren mehrdeutig; mehrere Themen befanden sich in einer Aussage.

37 Weil man annimmt, daß der Sachverhaltsermittler den Beweisbeschluß [anders als der Befragte die nach dem Fragebogen zu stellenden Fragen] notfalls solange studiert und rückfragt, bis er den Beweisbeschluß richtig verstanden hat.

38 Der Sinn und Zweck der Arbeit [oben S. 11 ff.] umfaßt nicht, Muster-Beweisbeschlüsse zu entwerfen. Es kommt hinzu, daß sich der Verf. [als RA] hier zurückhalten möchte.

I. Es soll Beweis über die Frage erhoben werden, welche Vorstellungen die maßgeblichen Verkehrskreise mit dem Begriff „Kölsch" als Bierbezeichnung verbinden, insbesondere: (§ 4d)

a) ob sie ihn nur als Gattungs- (§§ 2, 4d) (= Biersorten-)Bezeichnung (§§ 2, 20) oder (§§ 3, 4a, 17, 19, 20) – bzw. (§ 10) und auch – als **Herkunftshinweis** (§§ 2, 6), bejahendenfalls auf **welche Herkunft**, verstehen;

b) ob und in welchem Sinne sie mit der Bierbezeichnung „Kölsch" besondere Qualitätsvorstellungen (§ 10) verbinden;

durch Einholung des Gutachtens eines Meinungsforschungsinstituts.

II. Bei der Befragung sollen als maßgebliche Verkehrskreise die für den Kauf von Bier sowohl aus Gaststätten als auch – in Flaschenform – aus anderen Verkaufsstätten in Betracht kommenden **Einwohner der Stadt Köln – diese anteilsmäßig deutlich überwiegend – sowie der näheren**, in einem Erörterungstermin mit den Parteien und dem Sachverständigen noch zu umgrenzenden **Umgebung Köln** angesprochen werden. (§§ 4c, 7, 8, 10, 20)

III. Mit der Erstattung des Gutachters soll ... (Name des Instituts) beauftragt werden.

2.2 Ein weiterer Beweisbeschluß zur Frage der Irreführungsgefahr im Bereich „Herkunfts- oder Sortenbezeichnung"

Das OLG Köln hat auch diesen Beweisbeschluß erlassen[39]:

II. 1) Es soll Beweis erhoben werden über die Vorstellungen, die die maßgeblichen Verkehrskreise mit der Bezeichnung „Karlsberg Ur-Pils" verbinden, und zwar insbesondere hinsichtlich

a) der Herkunft eines unter dieser Bezeichnung angebotenen Bieres;

b) hinsichtlich etwaiger besonderer qualitätsbestimmender Eigenschaften eines als „**Ur**"-Pils bezeichneten Bieres;

durch Einholung des Sachverständigengutachtens eines Meinungsforschungsinstituts.

2) Als maßgebliche Verkehrskreise sollen alle als Biertrinker und/oder Bierkäufer in Betracht kommenden erwachsenen Einwohner der Bundesrepublik Deutschland – beiderlei Geschlechts –, jedoch mit einem dem Umfang nach noch mit dem Sachverständigen zu bestimmenden Übergewicht *männlicher* Verbraucher angesehen werden.

Ein aufgrund dieses Beweisbeschlusses für das Gericht ausgearbeiteter Fragebogen enthält – genauso wie der in Nr. 2.1 erwähnte Fragebogen – viele befragungstechnische Fehler; befragungstechnische Fehler, die am ehesten noch mit der fehlerhaften Formulierung des Beweisbeschlusses erklärt werden können[40]. Dieser Beweisbeschluß ist u. a. insofern verbesserungsfähig:

39 Beweisbeschluß des OLG Köln vom 12. 8. 77, Az.: 6 U 72/76.

40 Es wiederholt sich also das in Nr. 2.1 Ausgeführte.

a) Ausdrücke wie „Herkunft" müßten konkretisiert werden, vgl. § 2 (Fachausdrükke), § 6 (Ungenaue Ortsangaben). Im konkreten Fall wird es zwar unerheblich sein, ob eine bestimmte Stadt oder ein Land genannt werden. Für das Institut und den Befragten haben aber – so muß man als möglich[41] unterstellen – Unklarheiten hier bereits begonnen. Im Fragebogen wurde formuliert: „Meinen Sie, daß man aus dieser Bezeichnung erkennen kann, woher – d. h. aus welchem Ort *bzw.*[42] aus welchem Land – das Bier kommt..."

Der aufgrund dieses Beweisbeschlusses gefertigte Fragebogen zeigt darüber hinaus, daß Sachverhaltsermittler solche Ausdrücke wie „Herkunft" bewußt oder unbewußt entgegen den befragungstechnischen Grundsätzen sogar in die Fragebogen übernehmen. Für einen nicht unerheblichen Teil der Befragten sind solche Bezeichnungen wie „Herkunft" jedoch nicht eindeutig. Bei Antworten auf offene Fragen mit der Bezeichnung „Herkunft des Bieres" erscheinen oft Namen von Brauereien[43].

b) Ebenso verbesserungsbedürftig ist die Angabe: „Als maßgebliche Verkehrskreise sollen alle als Biertrinker und/oder Bierkäufer in Betracht kommenden erwachsenen Einwohner ... angesehen werden". Diese Angabe ist offenbar[44] nicht geeignet, für den Sachverhaltsermittler den Bezugsrahmen (§ 4) klar genug zu beschreiben[45]. Sonst hätte der erfahrene Sachverhaltsermittler in seinem Fragebogen nicht formuliert: „Trinken bzw. kaufen Sie selbst – und sei es auch nur gelegentlich – Bier?"

Die Juristen müssen somit damit rechnen, daß Beweisbeschluß-Formulierungen dieser Art nicht ausreichen, um u. a. klarzustellen[46]:

Kommt es auch auf denjenigen an, der nur in Zeitabständen von einem Monat „für Besuch" Bier kauft? Muß überhaupt zwischen Bierkäufern und Biertrinkern unterschieden werden? Gibt es irgendwelche zeitlichen und mengenmäßigen Begrenzungen? Soll es auf Gleichgültige ankommen?

c) Neben Hinweisen zur Klärung der Fragen um die Restkategorie „weiß nicht" müßten sich auch sonst noch Hinweise zu den Restkategorien im Beweisbeschluß finden[47]. Der auf diesen Beweisbeschluß hin ausgearbeitete Fragebogen enthält bezeich-

41 Es kommt hier nur auf dieses „möglich" an. Entscheidend ist nämlich, wie ausgeführt, daß der Beweisbeschluß das Problem so gut wie möglich in der Weise formulieren muß, daß der Sachverhalts-Ermittler sicher genug weiß, was er zu ermitteln hat.

42 Vgl. S. 69 (§ 10).

43 Dem Verf. sind zwei Umfragen bekannt, bei denen auf die Frage nach der „Herkunft des Bieres" jeweils mehr als 5% die Namen der Brauereien nannten, obwohl anscheinend offenkundig die örtliche Herkunft gemeint war.

44 In diesem Zusammenhang reicht es aus, daß die Angabe „möglicherweise" nicht geeignet war; vgl. Fußn. 41.

45 Vgl. auch § 3 der Fehlerauflistung.

46 Es handelt sich bei den nachfolgend aufgeführten Fragen ausschließlich um Fragen der Definition des Problems, nicht um Fragen, die (in der Durchführungsphase) vom Rechtstatsachen-Ermittler zu beantworten wären. Vgl. zur Abgrenzung oben S. 59 ff. Zur Bestimmung der beteiligten Verkehrskreise vgl. auch nachfolgend Nr. 2.3.

47 Für die Durchführungsphase wird (wie angekündigt: an anderer Stelle) dargelegt, daß sich unterschiedliche Antwortprozentsätze ergeben, je nachdem, ob die Restkategorie (z. B. „weiß nicht", „keine Meinung", „interessiert mich nicht") in der Frage ausdrücklich als Ant-

nenderweise nicht einmal im Antwortteil eine Restkategorie. Gerade auch dieses Fehlen einer Restkategorie selbst im Antwortteil des Fragebogens zeigt einmal mehr, welch große Aufmerksamkeit dem Übergang von der Definitionsphase zur Durchführungsphase geschenkt werden muß. Es kommt somit, wie mehrfach erwähnt, einer Nahtstelle besondere Bedeutung zu, für die der Jurist bis jetzt noch zu wenig die Probleme der Durchführungsphase und der Sachverhaltsermittler noch zu wenig die Probleme der Definitionsphase kennt.

2.3 Beweisbeschluß zur fraglichen Irreführungsgefahr eines Werbeslogans, einschließlich Ermittlung der beteiligten Verkehrskreise

Im Jahre 1977 hat das OLG Frankfurt diesen Beweisbeschluß erlassen[48]:

> I. Es soll Beweis erhoben werden über die Behauptung der Klägerin
>
> die Verbraucher faßten die Werbung der Beklagten mit dem Slogan „Hab ich Otto, hab ich alles!"
>
> in der Weise auf, daß der Verbraucher bei der Beklagten als dem einzigen Versandhandelsunternehmen alle Waren und Leistungen, die im Versandhandel angeboten würden, erwerben könne,
>
> durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des...
>
> II. Die Beauftragung des demoskopischen Instituts ist davon abhängig, daß die Klägerin auf die Anforderung des Senats den erforderlichen Vorschuß, dessen Festsetzung vorbehalten bleibt, bei der Gerichtskasse einzahlt.
>
> III. Nach Eingang des Vorschusses und der Beauftragung des Instituts wird ein Erörterungstermin vor dem Vorsitzenden als Einzelrichter stattfinden. Bei dem Termin soll ein Entwurf des Instituts betreffend die Testfragen bereits vorliegen und den Parteien zur Prüfung bereits zugänglich gemacht worden sein.

Für diesen Beschluß bestehen im wesentlichen zunächst alle die bereits oben in den Nrn. 2.1 und 2.2 beschriebenen Verbesserungsmöglichkeiten. Wenn nicht Ziff. III Satz 2 des Beweisbeschlusses vorläge, würde man annehmen, es solle sich nur erst einmal um eine grobe Vorabinformation handeln. Nach Ziff. III Satz 2 des Beweisbeschlusses erwartete das Gericht aber bereits die Vorlage eines vollständigen Fragebogens vor Beginn des Erörterungstermins! Es ist möglich, daß das frühzeitige Entwerfen des Fragebogens der Grund für langwierige und schließlich doch unbefriedigende Diskussionen um die Befragung gewesen ist. Der notwendigerweise schlechte erste Fragebogenentwurf bildete offenbar eine Grundlage, von der aus es trotz mehrmaliger Überarbeitung unmöglich war, einen verwertbaren Fragebogen zu formulieren. Dieser Beweisbeschluß bezeichnet im übrigen die zu befragenden Verkehrskreise zu ungenau. Es liegt somit eine Verbesserungsmöglichkeit nach § 4c vor. Bei der Bestim-

wortmöglichkeit aufgeführt wird oder nicht. Folglich stellt sich bereits in der Definitionsphase die Frage, ob der Sinn und Zweck der Norm verlangt, die Restkategorie-Personen in stärkster Form zu erfassen oder nicht.

48 Beweisbeschluß des OLG Frankfurt/Main vom 16. 6. 77, Az.: 6 U 142/76.

mung der beteiligten Verkehrskreise handelt es sich um eine Rechtsfrage, um eine Frage der Definition des Rechtsproblems. Ob es auf alle Verbraucher ankommt, oder ob und inwiefern ein engerer Kreis maßgeblich ist, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen[49]. Der Sachverhaltsermittler ist somit insoweit nur für die Beantwortung von Vorfragen zuständig, die sich dem das Problem definierenden Juristen – z. B. bei der Rechtsauslegung – zum Sachverhalt stellen[50].

Stand: Juli 1984, in Nachträgen bis 15. 3. 1985, auch von bis dahin vorliegenden Vorabdrucken und Manuskripten.

49 Vgl. oben Seite 70 et al.

50 Zu Einzelheiten, vgl. oben im 2. Kapitel „Zuständigkeitsüberschreitungen durch Einordnung der Problematik in die Durchführungsphase statt in die Definitionsphase", S.59 ff.

Sach- und Personenregister

Die Seitenangaben beziehen sich sowohl auf den Text wie auch auf die Fußnoten.

Abbruch der Befragung 66
Abfassung von Gerichtsentscheidungen 42 ff.
Abgrenzung Definitions-/Analysephase 11, 66 f., 71
– Definitions-/Disseminationsphase 41
– Definitions-/Durchführungsphase, Beispiele 59 ff.
– Selbstverständlichkeit 66
Abnehmer 70
Abstrakte Wörter 69
Abstraktionsgrad 55
Abwägung der Belange und Interessen 29
Abweichungen vom allgemeinen Sprachgebrauch 25
Achterberg 25
Additionsmethode 66
Adressat 71, s. auch flüchtiger –, reflektierender –, Verkehrsauffassung
Adressaten-adäquate Systematik 25
Adressatenkreis der Gesetze 25
Adressenziehung aus Melderegistern 31
v. Alemann 11, 52
Allgemeine Geschäftsbedingungen 40
Allgemeiner Sprachgebrauch 25
Alleinstellungsbehauptung 44, 48 ff.
Alltagsforschung 62
– intuitive 18
Alltagstheorien 12
– des BGH 14
– der Gesetzesverfasser 26
Alternative 62
Analyse von Rechtsprechung und Literatur 41 ff.
Analysephase 11, 19
– Abgrenzung zur Definitionsphase 11, 65, 66, 71
Aneinandervorbeireden Jurist/Sachverhaltsermittler 72, 75
Anerkennung der Gutachten eines Markt- und Meinungsforschungsinstituts 22 f.
– der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen s. Problementdeckung
Angaben s. Fragen
Angemessenheit der Forschungsmethode und des Forschungsinstruments 63
Angenehme Ereignisse 56
Anschauungen Dritter 36, s. auch Einstellung, Verhalten, Verhältnisse
– Maßgeblichkeit der – staatlicher Instanz 64
– von Recht und Gerechtigkeit 36
– s. auch Verkehrsauffassung/-anschauung
Anscheinsbeweis 39 f.
Ansicht des Gerichts zu Wertvorstellungen 64
Anstandsgefühl 38, 64, s. auch Gute Sitten
Antrag s. Beweisantrag
Antwort, Position des Antwortenden 56
– soziale Annehmbarkeit 56
Antwortprozentsätze 74
Anweisung s. Beweisbeschluß
Arbeitsschritte 2, 12, 17
– Fehler bei der Einordnung 59 ff.
– s. auch Forschungsprozeß
Argumentation s. Methoden
argumentum a majore ad minus 70
argumentum ad absurdum 35, 59, 70, 71
argumentum e contrario 35, 59, 70, 71
Asanger 41
Aufbau des BDSG 27
Aufbereitung von Rechtsprechung und Literatur 42
Auffassung s. Einstellung, Verhalten
Auffassungsgruppen bei Richtern 58
Auffindbarkeit von Rechtsprechung und Literatur 42
Aufhebung von Entscheidungen wegen fehlender Umfrage 15
Aufklärung über Sinn und Zweck des Forschungsvorhabens 31
Auftrag im Sinne des BDSG 26
Aufwand als Einwand gegen eine repräsentative Rechtstatsachenermittlung 17, 54 ff.
– Frage der Erheblichkeit 6, 34 f.
– der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung 20

Ausformulierung des Rechtsproblems 62
Auskunft im Datenschutzrecht 27
– durch Gerichte 43, 49, 50
Ausland, Stand der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung 11 f.
Ausländische Literatur 42
Auslegung von Verträgen 35, 66 f.
Auslegungsgrundsätze, Anwendung der – zur Definition des Problems 35, 68 ff.
Ausschnitt s. Repräsentativität
Ausschöpfung aller Möglichkeiten einer Sachaufklärung 16
Ausstattungsrecht 71
Auswahl der Interessen 29
Auswahlplan 62
Auswahlverfahren 19

Basis der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 18 ff.
Bauerwartungsland 37
Baumbach 1
Bausparkasse – Urteil 50
BDSG 26 ff.
Bedeutung der Problementdeckung 18 ff.
– der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht 21 f.
Befangenheit der Institute 20
– als Einwand 54
Befragtenauswahl 19
– Übermittlung von Daten zur – (Datenschutz) 31
Befragtensprache 72
Befragung, Abbruch aus methodischen Gründen 66
– im Kollegenkreis 34, 35
– als wichtigstes Erhebungsinstrument 19
Befragungsfehler 16
Befragungstechnik 12 ff., 72
– ausländische Literatur 42
– Beispiele für Fehler 72
– des BGH 14
Befragungstechnische Fehler 46 f., 72, 74
Begriffe, Bundesdatenschutzgesetzes 26 ff.
– Genauigkeit 55
– Gültigkeit 55
– Intelligenz 52
– Operationalisierung 51 ff.
– Verläßlichkeit 55
Behebung von Rechtsprechungsmängeln 49 f.
Behelfsmäßige Arbeit des Juristen 65
Beispiele zur Abgrenzung Definitions-/Analysephase 65, 66
– für befragungstechnische Fehler 46 ff., 72, 74
– zur Bestimmung des Verkehrskreises 74
– für Beweisbeschlüsse 71 ff.
– für falsche Einordnung, s. Abgrenzung, Arbeitsschritte, Forschungsphasen
– für Fragebogen 46
– für Notwendigkeit der Vertiefung der Rechtsauslegung 51 f.
– für notwendige Unterscheidung der Arbeitsschritte 51 ff., 59 ff.
– für Restkategorie 74
– für schlechte Verständigung zwischen Jurist/Sachverhaltsermittler 72, 74
– für unzureichende Begriffsunterscheidung 52 f.
– für Vorfragen in bezug auf Verkehrskreis 75
Bekanntheitsgrad 23
Belange 28
Benda 21, 63
Bender 13, 25
Beneke 25
Bentham 25
Beobachtbare Sachverhalte 56
Beobachter s. Adressat
Beobachtung 20
Beobachtungsperioden 56
Berechtigte Interessen 28, 30
Berufsprestige 57
Berufungsinstanz, Einholung eines weiteren Gutachtens 23
Bestmögliche Formulierung von Beweisbeschlüssen 68
Beteiligte Verkehrskreise, Zuständigkeit zur Ermittlung 68
Beurteilungsfragen 55
Beweis des ersten Anscheins 39 f.
Beweisantrag 15 f.
– Notwendigkeit der Einholung eines Umfragegutachtens 16
Beweisbeschluß 14
– und Abfassung des Fragebogens 68
– Beispiele 71 ff.
– Bezugsrahmen 69 ff.
– Fomulierungstechnik 69
– Konkretisierung von Begriffen 74

– kurze Sätze 69, 71 ff.
– mehrdeutige Bezeichnungen 69, 71 ff.
– psychotaktische Grundsätze 69
– schwierige grammatikalische Konstruktionen 69, 71 ff.
– und/oder 69, 74
Beweismittel 16
Beweisthema 12
Beweiswürdigung, unzulässige, vorweggenommene – 23
Bewußt subjektives Urteil 55
Bewußtsein 55
beziehungsweise, formulierungstechnischer Fehler 69, 72, 73, 74
Bezug zu objektiven Sachverhalten 56
– zum Verhalten 56
Bezugsrahmen 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75
Böhret 25
Blunazit 13
Brauerei 74
Breunung 60
Brückner 1
Bruttoverläßlichkeit 56
Böhm 12, 54, 68
Bull 32
Bundesdatenschutzgesetz 24 ff.
Bundesjustizministerium, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts 12
Bundesverfassungsgericht zu Wertvorstellungen 6, 37
Bundesverwaltungsgericht 64

Continent-Möbel – Urteil 16, 66
Crutschfield 41

Damen-Boxkämpfe 64
Dammann 27, 28
Darstellung des Forschungsprozesses 12
Darstellungsphase 4, 11, 19
„Das unmögliche Möbelhaus" – Urteil 16
Datei 27, 28, 29
Datenschutz 26 ff.
Datenspeicherung 27
Datenübermittlung 27, 30
Datenverarbeitung für eigene und für fremde Zwecke 28
– im Sinne des BDSG 26
Darstellungsphase 19
Definition und Sachverhalt 12
Definitionsphase 11, 18 ff.
– Abschluß 70
– und Analysephase 65, 66 71 f.
– Aufbereitung von Rechtsprechung und Literatur 42 ff.
– und Durchführungsphase 33, 59 ff., 62, 75
– Operationalisierung 51 ff.
Demographische Merkmale 57
„Der Spiegel" 64
Deskriptionsprobleme 18
Determinanten der Verläßlichkeit 57
Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 57
Deutscher Industrie- und Handelstag 16, 19 f., 67
Dissemination 57, s. auch Darstellungsphase
Divergierende Anschauungen 64
Dritte, Wertvorstellungen 64
Durchführungsphase 11
– Schritte 62
– Schwierigkeiten 11 f., 68
Durchführungsreife, Vertiefung des Rechtsproblems bis zur – 68 ff.
„Durchschnitt", Bedenken 65
Durchschnittsgewerbetreibende 65
Durchschnittskunde 40
Durchschnittsverbraucher 14

Eigene Sachkunde des Gerichts 15, 20
Eigene Zwecke 28
Einbeziehung der potentiellen Geschäftskreise 72
Einblick s. Einstellung und Verhalten
Eindruck eines Verbrauchers 14
– s. auch Einstellung und Verhalten
Einkaufsverhalten, Rechtstatsache 11
Einkommensverhältnisse 57
Einleitungsfrage 14
Einordnung der neuen BGH-Entscheidungen 63
– s. auch Vorfrage, Operationsalisierung
Einstellung und Verhalten Dritter 12
Einstellungsfragen 55
Einstweilige Verfügung 24
Einwände gegen repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 6, 20 f., 34, 54 ff.

– als Ausnahme grundsätzlich notwendiger Rechtstatsachenermittlung 54
– Aufwand 17, 54 ff.
– Befangenheit 20, 54
– zur Gültigkeit und Verläßlichkeit 54 ff.
– Verhältnis zu Alltagstheorien 58
Einwohnermelderegister 31
Ehrenfels 40
Elsässer Nudeln – Urteil 15, 22
Empfängerkreis 38, s. auch Adressat, Beteiligte Verkehrskreise
Empirische Kartellrechtsforschung 14
Empirische Rechtsforschung, Begriff 14
Empirische Rechtssoziologie, Begriff 14
Emotionale Besetzung 57
Enneccerus-Nipperdey 37
Entdeckung des Rechtsproblems 17, 33 f., s. auch Problementdeckung
– von Rechtsprechungsmängeln 49
Entferntere potentielle Abnehmer 70
Entscheidungsmaterial, Obergerichte als Informationsquelle 21
Entwicklung der Anschauungen zu den Einwänden 54 f.
Entwicklung der Methoden und Techniken, Einfluß auf Abgrenzung 66
– der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 22
– Überholung von Begriffen 65
– s. auch Zeitumstände
Erfahrung des Richters 21
Erfassen im Sinne des BDSG 26
Erfahrung s. Sachkunde
Erforderlich, Begriff 28
Erheblichkeit für alle Rechtsgebiete 18 ff., 59
Erhebungsinstrumente 62
Erhebungsmethoden s. Methoden
Erklärungsprobleme 18
Ermittlung der Verbraucherauffassung s. Befragungstechnik
Ermittlungsperfektion 62
Ermittlungsprozeß s. Forschungsprozeß
Erneute Umfrage 16
Erörterung vor dem Vorsitzenden 75
Erschöpfung der Beweismittel 16
Erstes Kulmbacher-Urteil 22
Ertragswert 60 f.
Erwartung des Verbrauchers 57
„Es gibt kein besseres Bier" 43 ff.
Euro-Spirituosen 16
Fachbezeichnungen 69
– Befragungstechnik 27
Fachsprache 13
Fahrlässigkeit 37
Falsche Einordnung der Antworten 49
Falscheste Sachverhaltsunterstellung 58
Fehlende Übersetzung in Befragtensprache 72
Fehler 37
– bei der Einordnung 59
– bei der Operationalisierung 52 f.
Fehlerquellen 17
Feststellung der Belange und Interessen 29
FGG 16
Fikentscher 2, 53, 70
Finanzieller Aufwand 3, 54 f.
Firma, Täuschungseignung einer – 16
Flüchtige Reaktion 69
Flüchtiger Adressat 51 f., 71
Flüchtiger Betrachter 14, 72
Flüchtigkeitsgrad 51, 52
Formulierungstechnik 13, 69
– Fehler 69, 72, 73, 74
Forschungsfreiheit 31
Forschungsphasen, Vermengung 52 f.
– Wechsel 59 ff.
Forschungsprojekt, Ermittlungsschwierigkeiten 43 ff., 51
Forschungsprozeß, Arbeitsschritte 17
– Phasen 11 f.
– systematische Darstellung 12
Forschungsvorhaben, Aufklärung 31
Fragebogen, Beispiel 46
– und Beweisbeschluß 68, s. auch dort
– Entwurf 75
Frageformulierung 2, s. auch Befragungstechnik
Fragen, Arten 45 ff., 55 ff.
– über angenehme Ereignisse, beobachtbares Verhalten, Beurteilung, bewußtes Verhalten, Einkommen, Einstellung, gegenwärtiges Verhalten, Meinungen, soziale Annehmbarkeit, Tatsachen, unangenehme Ereignisse, Verbraucherwartung, Vergangenheit, Zukunft 55 ff.
Fragestellung s. Befragungstechnik
Freiheitsgrad des Messens 57
Fremde Zwecke 28
Fremdwörter 69
Friedrichs 52, 53, 55

v. Gamm 44
Gattungsbezeichnung 72
Gefährdung der Gültigkeit 56
– richterliche Entscheidungskompetenz 20
Gegenstände des allgemeinen Bedarfs 15, 16
Gegenwärtige Sachverhalte, Fragen über – 56
Geheimwissenschaft, Rechtsprechung als – 41, 42, 43, 49 f.
– wegen unzugänglicher Literatur 51
Geldentschädigung wegen Vereitelung von Nutzungsmöglichkeiten 12, 22
Genauigkeit 20, 55
Generalklauseln 36, 60 ff., 62, s. auch Unbestimmte Rechtsbegriffe
Gepräge des Üblichen und Typischen 39 f.
Gerechtigkeit 36
Gerechtigkeitsgefühl 63 ff.
Gerichtsbekannte Tatsachen 21, s. auch Sachkunde
Gerichtsentscheidungen, Abfassung 4, 42 ff.
Gesamtheit s. Repräsentativität
Gesamtverbraucherschaft 70
Geschäftskreise 71
– potentielle 72
Geschlossene Frage 46
Gesetz von der guten Gestalt 40
Gesetzesadressaten 26 f.
Gesetzgebung 24 ff.
– Nachkontrolle 25, 32
– Prognose 25, 30 ff.
– Vermeidung von Nebenwirkungen 30
Gesetzgebungsschwemme 29
Gestaltpsychologie 40
Getränkeindustrie 23
Gewerberecht 63
Glaubhaftmachung 24
Gleichbehandlung des Gleichsinnigen 59, 70, 71
Grad, Flüchtigkeits- 51, 52
Grenzen s. Einwände gegen die repräsentative Rechtstatsachenermittlung
Gründe für Schwierigkeiten bei der Problementdeckung im Schuldrecht 12, 17, 33
„Grund zu der Annahme" 28
Grundgesamtheit 20
Grundsätze zur Ermittlung der Irreführung, Verkehrsgeltung, Verwechslung, Wertvorstellungen 70
– zur Lösung der Probleme 21, 58, 59
Grunsky 17
Gruppenzahlen 67
Gültigkeit 55
Gutachten von Markt- und Meinungsforschungsinstituten 22 f.
Gusy 64

„Hab' ich Otto, hab' ich alles" 75
Handelsbrauch 4, 65 ff.
Handelsvertreter 40
Hansen 17
Hartmann 1, 5, 6
Hassemer 62
Häufigkeiten 56
Hearing 25
Hefermehl 13, 34, 44, 47, 65
Heldrich A. 14, 25, 31
Heldrich ML. 40
Herkunftsbezeichnung 15, 72, 74
Herrschende Rechts- und Sozialmoral 65
Hill 25
Hirsch 32
Hodik 12
Hoffmann-Riem 62
Hommelhoff 17
Hühnergegacker – Urteil 16, 54
Hugger 25

Industrie- und Handelskammern 2 f., 16, 19 f., 22, 23, 35, 66 f., 68
Informationsquellen, Entscheidungsmaterial der Obergerichte 21
Inhaltsanalyse 20
Inkassogebühren 17
Intelligenz, Beispiel für Operationalisierung 52 f.
Intelligenzquotient 52 f.
Interessen 28, 29
Interessenabwägung 71
„Interessiert mich nicht" 74
Internationalität der Problematik 42
Interview, Verweigerung aus vermeintlichen Datenschutzgründen 30
Interviewer, ermittelnder und vermittelnder 19
Intuitive Alltagsforschung s. Alltagsforschung
Irreführende Betonung 69

Irreführende Werbeangaben 71
Irreführung 19, 21, 23, 66, 75
– Rechtsauslegung 51
– Sachverhaltsermittlung 51
– s. auch Herkunftsbezeichnung
Irreführungsgefahr 15

Jessnitzer 60
Jugendliche, Einblick in Vorstellungen 15
Jurist und Sachverhaltsermittler 51 f., 59 f., 72, 74 f.
Justizforschung 14

Käufer 70, 74
Kahn 55
Karlsberg Ur-Pils 73
Kartellrechtsforschung 14
Kaufpreis 66 f.
„Kein Bier schmeckt besser" 44
Keine Meinung 74
Kenntnisse, juristische – des Sachverhaltsermittlers 14
Kennzeichnungsgrad 23
Klette 15
Köln 72
Kölsch 70, 72, 73
Kölz 40
König 55
Königsweg, Befragung als – der empirischen Sozialforschung 19
Komplexe Wörter 69
Komplizierte Formulierungen 69, 71 ff.
Komplizierte Fragen, Befragungstechnik 72
Komplizierte Sätze 27
Konfession 57
Konkretion 53
Konkretisierung von Begriffen in Beweisbeschlüssen 74
Koolwijk 19
Kostbarkeiten 38
Kosten nach § 91 ZPO 54
– für Parteigutachten 24
– s. auch Aufwand
Kresch 41
Kreutzer 21
Krieger 44
Kulmbacher 22
Kurze Sätze 69, 71 ff.

Landgerichte, Einstellung zur repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 24
Lange Sätze 27
– Befragungstechnik 72
Larenz 70
Lebenserfahrung 39 f.
Lerneffekt, Befragungstechnik 72
Leser s. Adressat
Lübecker Marzipan 14
Lüderssen 36, 37, 62

Mack 13
Mängel in der Abfassung von Gerichtsentscheidungen 42 ff.
– in der Rechtsprechung 49 f.
Mallmann 27, 28
Marginalität 57
Marktforschungstätigkeit der Unternehmen, Einfluß auf Entwicklung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung 21
Marktordnungsfälle 57
Markt- und Sozialforschung 57
Maßgebliche Personen 36, s. auch Gesetzesadressat
Maßnahmeprobleme 18
Maßstab s. Vergleichsfall
Mehrdeutige Bezeichnungen 69, 71 ff., 72, 79
Mehrere Themen in einer Aussage, Befragungstechnik 72
Mehrwertsteuer 66 f.
Meinungsforschung s. Repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen
Meinungsfragen 55
Melderecht 31
Mengel 25, 29
Mengenangaben 69
Meßmethoden 17
Methoden 20
– Abhängigkeit von Zeit 66
– s. auch Angemessenheit, Befragung, Interessenabwägung, Rechtsneubildung
Methodik s. Befragungstechnik
Metzger 41
Micheli 66
Minoritätskonfession 57
Mißverständnisse s. Verständigung

Möbel-Haus – Urteil 15, 16, 21, 54, 58, 65
Möbelhaus aus S. 16
Möbelhaus, Das unmögliche – 16
Möglichkeiten der Markt- und Sozialforschung 57
Moral, herrschende 65
Morelia – Urteil 19, 33
Müller 53

Nachkontrolle 25, 32
Nachteile s. Einwände
Nachweis des Sachverhalts durch Parteigutachten 24
Natürliche Betrachtungsweise im Datenschutz 27
Nebensätze 69
Nebenwirkung 30
Negative Formulierungen 69
Negativer Komparativ 43 ff.
Nettoverläßlichkeit 56
Noelle-Neumann 13, 19, 62, 63
Noll 25, 29
Normenkonkretisierung 53
Normorientierte Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts 18
Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers 70, 71
Notwendige Kosten 24
Notwendigkeit einer Beweisaufnahme 23
- der Einholung eines weiteren Gutachtens 16
- der Problementdeckung 18 ff.
- der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 16, 18 ff.

Novellierungsverfahren 32

Oberlandesgerichte, Einstellung zur repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 23
Objektiv-teleologische Auslegungsgrundsätze 35, 70, 71, s. auch Auslegungsgrundsätze
Österreich 12
Offene Frage 48
Offenlegung einer Studie 50
v. Olshausen 64
Operationalisierung 12, 20, 51 ff.
- in der Definitionsphase 51–53
- in der Durchführungsphase 51–53
- Ersetzung des Begriffs 53
- Fehlerquelle 52 f.
- notwendige Unterscheidung der Arbeitsschritte 51 ff., 59 ff.
- sprachliche Trennung 53
- Untergruppen 59
- Zuständigkeit 51 f.
- zu § 847 BGB 38

Opp 18, 34, 39
Ortsangaben 69
Otto 75

Palandt 37, 38, 39, 40, 65
Parteigutachten 24
Pastor 24
Patentamt 19
Peep-Show 64
Perfektion 62
Person, maßgebliche 62
v. Pestalozza 25
Phasen des Entscheidungsprozesses im Schuldrecht 33
Pils 73
Piper 60
Planung und Analyse (Zeitschrift) 57
Point – Urteil 15
Potentielle Abnehmer 70
Präjudizienwirrwarr 17
Prestige 57
Privatgutachten, Kosten 24
- Überlassung 43
- Urheberrecht 43

Problementdeckung 17 ff., 33 f.
- und Problemlösung 21
- im Schuldrecht 33
- im Wettbewerbsrecht 21

Problemwahl 18 ff.
Prognose 30
Prognoseprobleme 18
Prozentzahlen 66, 67
Prüfung des Fragebogenentwurfs durch Parteien 75
Pseudowissenschaftliche Meinungen 61
Psychologie s. Gestaltungspsychologie
Psychotaktische Grundsätze 69
Psychotaktische Meßmethoden 17
Putzo 5

Qualitative Merkmale 56
Quantitative Merkmale 56

Raiser 62
Rationales Verhalten 55
Rausch 41
Reaktion 69
Recht und Gerechtigkeit 36
Rechtsauslegung, Beispiel für – 51
– zur Ermittlung der maßgeblichen Personen 36 f.
– Maßgeblichkeit der Einstellung und des Verhaltens Dritter 12
– s. auch Operationalisierung
Rechtsauslegungs-Alternative 62
Rechtserhebliche Gegenstände 69
Rechtserhebliche Person 62, 69
Rechtserheblicher Sachverhalt 66
Rechtsfrage, Begriff Verkehrskreis als – 76
Rechtsgebiete 59
– für repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen maßgebliche 67
Rechtsgefühl 39, s. auch Treu und Glauben
Rechtsmethodik 41 f., s. auch Rechtsauslegung, Konkretion, Normenkonkretisierung
Rechtsneubildung 70
Rechtsprechung, Analyse 14 ff., 41 ff.
– Nachvollziehung 43
– Notwendigkeit der Berücksichtigung 18
– zur Notwendigkeit repräsentativer Sachverhaltsermittlung 16
– Präjudizienwirrwarr 12, 17
– zum Wettbewerbsrecht 14, 21 f.
– Verzicht auf Berücksichtigung 21, 59
Rechtsprechungsmängel 49 f.
Rechtsprechungsstudien 50
Rechtsprechungswirrwarr 22, 58, 64
Rechtsproblem und Auslegung 35, 68 ff.
Rechtstatsache, Begriff 11
Rechtstatsachenforschung, Begriff 14
Reflektierender Adressat 51 f., 71
Reflektierender Betrachter 55, 72
Regelungsabsicht 70
Reh 27, 28
Relevanter Markt 21
Repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 1, 2, 9 ff.
– Arbeitsschritte 59 ff.
– Aufwand 17, 34 f., 54 ff.
– Begriff 11
– Einwände s. dort
– erhebliche Rechtsgebilde 18 ff., 59
– Grund 18 ff.
– Stand 11 ff., 20, 33 f., 43 ff., 50 f.
– System 63
– systematische Darstellung 12
– als Vorbild 53
Repräsentativität, Begriff 19 f.
Restkategorie 4, 47
– Beispiele 74
– Berücksichtigung im Beweisbeschluß 74 f.
– Erfassung von Personen 74 f.
Richter als Angehöriger der beteiligten Verkehrskreise 15 f.
– als evtl. Minderheit 18 f., 33
– Verständnis von Begriffen 16
Richterliche Entscheidungskompetenz 60
Richtersoziologie, Begriff 14
Robbers 63
Röder 13
Röhl 21
Rückfrage 12, 51, 65
– Grund für Unterlassen 68
– im Rahmen der Gesetzgebung 67
– bei unzureichender Definition 68
Rücklauf 19
Rückschluß von Teilmenge auf gesamte Einheit 11
Rüßmann 17

Sachkunde des Gerichts 15, 16, 20
– des Juristen 55
Sachverhalt und Definition 12
Sachverhaltsermittler 12
– im Gesetzgebungsverfahren 67
– und Jurist 14
– Rückfrage s. dort
– Sachverständiger s. dort
– Verständigung s. dort
– Zuständigkeit 51
– Zuständigkeitsbereich bei Ermittlung des Handelsbrauchs 65 ff.
Sachverhaltsermittlung, normorientierte 18
Sachverhaltsunterstellung 58
Sachverhaltsvorfrage, Beispiel 51
– s. auch Vorfrage
Sachverständige für demoskopische Gutachten 21, s. auch Sachverhaltsermittler
Schacht 17

Schadensersatzrecht 39 f.
Scheinprobleme 54, 57, 60
Scheuch 55 ff.
Schmerzensgeld 38
Schneider, Egon 17, 64
Schmidt, Eike 17
Schmidtchen 14, 31
v. Schoeler 32
Schramm 13, 19
Schricker 74
Schriftliche Befragung 3
Schulbildung 57
Schuldrecht 17, 22, 33 f.
– Einstellung und Verhalten Dritter 33, 35 ff.
– Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts 12
Schutzwürdige Belange 28, 30
Schwäbisch Hall 50
Schweinoch 29
Schweizer 14, 24, 31, 32, 34, 40, 61
Schwierige grammatikalische Konstruktionen 69, 71 ff.
Sätze, komplizierte 27
– lange 27
Selbständigkeit der Rechtswissenschaft als Einwand 34
Selbstverständlichkeit 66
Seriosität der Institute 54
Simitis 27, 28, 32
Sinn und Zweck der Analyse 41
– der Arbeit 11
– des Gesetzes, Einfluß auf Abgrenzung 66
– der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 18 ff.
Sittenwidrigkeit 38 f., 63 ff., s. auch Gute Sitten
Skalierungsverfahren 17, 18
Sorgfalt 37
Sorgfältig prüfender Adressat 51 f.
Sortenbezeichnung 72
Soziale Annehmbarkeit einer Antwort 56
Soziologische Jurisprudenz, Begriff 14
Speicherung 27
Spitzengruppenwerbung 48, 49
Sprache des Gesetzes 25, s. auch Verständigung
Sprachgebrauch, Abweichungen 25
Sprachliche Trennung 53
Stahlmann 60
Stand der Problementdeckung im Schuldrecht 33
– von Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung 52
– der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 20, 43, 45, 50 f.
Steindorff 21
Stellung einer Gesetzesnorm 28
Stephan 1, 5, 6
Stichprobe 2
Striptease-Lokale 64
Strothmann 57
Substanzwert 60 f.
Suggestivformulierung 69
Symposium der Hessischen Landesregierung 32
Synonyme 69
System zur Ordnung und Fortentwicklung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung 63
– zur Problementdeckung, kein – 34
Systematik des Forschungsprozesses s. dort
– des Gesetzes 25
– des Gesetzes, Stellung des § 3 BDSG 28
– des Gesetzes, Stellung des Begriffs Datei 28
Systematische Klärung nach allgemeinen Grundsätzen 57
Systematische Nachkontrolle 25, 32
Systematisierung 17

Täuschung s. Irreführung
Tatbestand s. Sachverhalt
Tatsachenfragen 55
Tatzurechnung 38
Teilmenge 11, 18 ff.
Test, Einordnung 52 f.
Testfragen 12, 14, 75
Teubner 37, 62
Thema, nur ein – in einem Satz 69, 71 ff.
Tholey 41
Thomas 5
Tilmann 54, 60, 66
Tintenkuli – Urteil 23
Tolk 17
Topfit Boonekamp – Urteil 16, 54
Trennung der Definition vom Sachverhalt 12
– sprachliche 53
– s. auch Abgrenzung
Treu und Glauben 36, 60 ff.
– im Schadensersatzrecht 39 f.

– s. auch Wertvorstellungen
Trinker 74
Trommsdorff 18

Überflüssige Themen 69
Übergang von Definitions- zur Durchführungsphase 75
Überhangprovision 40
Überholung von Begriffen 65
Überlassung von Privatgutachten 43
Überlegender Adressat 51 f., 71
Überlegender Betrachter 55, 72
Überlegende Reaktion 69
Übermittlung 27
– von Daten, Verweigerung 30
– im Sinne des BDSG 26
Übernahme unklarer Beweisformulierung in Fragebogen 74
Umfragegutachten 16
– Unverwertbarkeit 16
– Urheberrecht 43
Umkehrsschluß s. argumentum e contrario
Umständliche Texte 69
Unangenehme Ereignisse 56
Unbestimmte Rechtsbegriffe 28
und/oder 69, 74
Unerwünschte Nebenwirkungen 30
Ungenaue Ortsangabe 74
Ungenaue Zeitangaben 72
Ungenauigkeit 20
Ungewißheit richtiger Ermittlung 16
Ungewohnter Bezugsrahmen 69
Universitäten, Verhältnis zu privatrechtlich verfaßten Instituten 57
Untergruppen der Operationalisierung 59
Unternehmenswert 60 f.
Unterscheidung zwischen Abgrenzung der Arbeitsschritte u. Vertiefung des Rechtsproblems 66
– zwischen Definitions- und Durchführungsphase im Schuldrecht 33
– zwischen Operationalisierung in der Definitions- und in der Durchführungsphase 51
– zwischen Problementdeckung und Absehen von repräsentativer Rechtstatsachenermittlung 20
– s. auch Operationalisierung
Untersuchungsanordnung 62
Untersuchungsvariablen 62
Unverwertbarkeit einer Umfrage 16
Urheberrecht an Umfragegutachten 43
Ur-Pils 73
Ursprung der Umfrageforschung 12
USA 12

Variable 62
Verärgerung, Befragungstechnik 72
Verallgemeinerung der Ergebnisse, Repräsentativität
Verbesserungsmöglichkeiten, Beweisbeschluß 68 ff.
– des Gesetzgebungsverfahrens 24 ff.
Verbraucher 70, 75, 76
Verbrauchererwartungen 57
Verfahrensrecht 5
Vergangenheit, Fragen über – 56
Vergleichsfall 66
Verhältnis der Problementdeckung zur Problemlösung 21
Verhältnisse Dritter, Berücksichtigung im Schuldrecht 33 f., 35 ff.
– Einkommens- 57
– in der Markt- und Sozialforschung 57
– nicht immer repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 58
– Rückschlüsse aus Schrifttum 57
– s. auch Einstellung und Verhalten
Verhalten, beobachtbares 55
– rationales 55
– s. auch Einstellung
Verkehrsauffassung/-anschauung 23, 34
– Beispiele für Rechtserheblichkeit 35 ff.
– im Datenschutzrecht 27
– Maßgeblichkeit im Schuldrecht 17, 33 ff.
Verkehrsdurchsetzung 21
Verkehrsgeltung, Bestimmung 70
– Geschäftskreise 71
– Österreich 12
Verkehrskreise, Beispiele für Abgrenzung 74
– Bestimmung nach Rechtsmethoden 70
– Beweisbeschluß 72
– Ermittlung 68
– Richter als Angehöriger der beteiligten – 15
– unzureichende Bezeichnung 75
– zeitliche Anforderungen 74
Verkehrssitte keine Rechtsnorm 36
Verkehrsunfallrecht, Tatzurechnung 71
Verläßlichkeit 55

Vermeidung unerwünschter Nebenwirkungen 30
Vermengung von Forschungsphasen 52 f.
Vermögenswert von Nutzungsarten 17
Veröffentlichung von Erkenntnissen 57
– von Rechtsprechung und Literatur 42
Verpacker 70
Versandhandel 75
Verständigung zwischen Jurist und Sachverhaltsermittler 14, 59 f., 72, 75
Verständlichkeit 69
Verständnis des Durchschnittskunden 40
– des Gesetzesadressaten 26
Vertiefung der Problemdefinition 17
– der Rechtsauslegung 35, 68 ff.
Verträge 13
Vertragsauslegung 35, 66 f.
Verwaltung und Datenschutz 31
Verwechseln verwandter Rechtsprobleme 69
Verwechlungsgefahr 21, 23
– Einkaufsverhalten 11
Verweigerung von Auskünften 31
– durch Gerichte 49 f.
– von Interviews 30
Verwertung von Studien aus Rechtsprechung 50
Verwirrung, Befragungstechnik 72
– zur Operationalisierung 53
– durch Vielfalt an Schwierigkeiten 60
– durch Vor- und Rückfragen 59 f.
Verzerren von Angaben 56
Verzicht auf Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur 21, 59
– auf Perfektion 62
– auf repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen 54, s. auch Einwände
Vielzahl von Personen, Ermittlung des Sachverhalts bei – 19
Vollerhebung 19, 20
Vorbild der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung für empirische Sozialforschung 53
– Wettbewerbsrecht 21 f.
Vorfragen 59
– Beispiel 51, 65
– Beispiel Verkehrskreis 76
– bei Treu und Glauben 62
Vortest 59
Vorurteile 61

Wahl der Methode 62
Wahrheitspflicht 24
Wahrheitswidrigkeit, Maßgeblichkeit (Empfängerverständnis) 38
Wahrscheinlichkeitsformulierungen 57
Warenzeichen 23
Wechsel in den Forschungsphasen 59 ff.
Weigert 29
Weigerung einer Datenübermittlung 30
Weinberger 25
Weiss 62
„Weiß nicht" 74
Weitere Umfrage 16
Wenninger 41
Werbeadressat s. Adressat
Wertprobleme 18
Wertvorstellungen 60 ff.
– der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise 34
– divergierende einheitliche, mehrheitliche 64, 65
– des Gerichts 36
– Widerlegung 24
– s. auch Treu und Glauben, Sittenwidrigkeit
Wettbewerbliche Relevanz 57
Wettbewerbsrecht, Bedeutung für die Praxis 14
– Rechtsprechung 14 ff., 21 ff.
– USA 12
Wettbewerbsstreitigkeiten 12
Widerlegung der Sachverhaltsvorstellungen des Gerichts 24
Wiederholung einer Umfrage 23
Wille des Gesetzes 62
Willkür 17
Wirkliche Auffassung des Verkehrs 22
Wirklichkeit 21
Wirrwarr, Rechtsprechung 12, 22
Wissenschaftlichkeit der Markt- und Sozialforschung 57
Wörterbuch – Urteil 16

Zählkassettenentscheidung 33
Zeitabstand 56
Zeitangaben 69
Zeitumstände, Einfluß durch Methodik 63

Zentes 31, 32
Zielcke 62
Zielperson 3
Zöller 1
Zoler 12
Zugang zu Literatur 51
Zukunft, Fragen über 56
Zurückhaltung in der Fortentwicklung der repräsentativen Rechtstatsachenermittlung 17
Zurückweisung
s. Aufhebung
Zusammenarbeit zwischen Jurist und Sachverhaltsermittler s. Rückfrage, Vorfrage
Zusammenfassung zu Einwänden 58
Zuständigkeit 59 ff.
– Gesetzgebung 67
– des Juristen, Beispiele 51 f., 59 ff.
– für Operationalisierung 51 f.
– des Sachverhaltsermittlers 51
Zuziehung von Parteigutachten 24
Zweifel an Bedeutungsinhalt 16
– an Fragestellung 16
Zweites Gutachten 23

Bitte beachten Sie die
nachstehenden Verlagsanzeigen

Rechtstatsachenforschung

Methodische Probleme und Beispiele
aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von
Dr. Aristide Chiotellis und Prof. Dr. Wolfgang Fikentscher.
621 Seiten Lexikonformat, 1985, gbd. 168,– DM.
ISBN 3 504 06751 9

Daß Tatsachenforschung notwendig ist, um der Rechtswirklichkeit Geltung zu verschaffen und so zu sachgerechten Ergebnissen auf allen juristischen Entscheidungsebenen zu kommen, ist keine neue Erkenntnis; allerdings sind bisher noch nicht genügend Konsequenzen daraus gezogen worden. Die Neuerscheinung will – orientiert am Schuldrecht mit angrenzenden Gebieten aus dem Wirtschaftsrecht – dazu beitragen, diese Lücke zu schließen.

Im allgemeinen Teil werden Methoden und Stand der Rechtstatsachenforschung untersucht. Neu ist in diesem Zusammenhang vor allem die detaillierte Aufgliederung des Forschungsprozesses, die zahlreiche Fehlerquellen der verschiedenen Phasen aufdeckt. Die Probleme müssen sich danach für die Praxis der Datenermittlung klarer darstellen.

In den praktischen Untersuchungen wurden unbekannte Vertragsmuster ermittelt, wenig bekannte Vertragstypen – wie das Nachnahmegeschäft und der Schrankfachvertrag – einem breiteren Publikum vorgestellt, völlig neue Vertragstypen – wie der Werkverschaffungsvertrag – gefunden und bisher kaum erforschte mißbräuchliche Vertragspraktiken – wie im Warentermin-optionshandel und bei den Geschäften der Wareninstitute – identifiziert.

Die Darstellung, die bisher ohne Vorbild ist, wird für die Rechtspraxis von großer Bedeutung sein. Gerichte, Gesetzgeber, Wirtschaftsunternehmen, Rechtsanwälte u.a. werden an diesen Ergebnissen nicht vorbeikommen.

Verlag Dr. Otto Schmidt KG · Köln

MDR

Monatsschrift für Deutsches Recht

Die MDR erscheint 1x im Monat, also nur 12x im Jahr. Die MDR bringt nicht zu viel und nicht zu wenig Rechtsprechung[1]. Die Aufsätze in der MDR sind nicht zu speziell und nicht zu allgemein[2], aber immer praxisbezogen.

Mit der MDR behalten Sie die Übersicht. Die MDR[3] ist daher die Zeitschrift für Sie, den Allgemein-Anwalt. Machen Sie die Probe aufs Exempel.

1) Die zur Veröffentlichung vorgesehene BGH-Rechtsprechung vollzählig, aber auch erstaunlich viel Rechtsprechung der Instanz-Gerichte (durchschnittlich 650 LG- und AG-Entscheidungen pro Jahr) und die wichtigsten Verwaltungsgerichts- und Arbeitsgerichts-Entscheidungen. Durch eine besondere Form der Bearbeitung wird die umfangreiche Rechtsprechung so gebracht, daß dem vielbeschäftigten Praktiker zeitsparend ein Überblick möglich wird.

2) Insbesondere viel Prozeßrecht und Bürgerliches Recht, z. B. die regelmäßige Rubrik „Problemfälle aus der Prozeßpraxis" mit Beiträgen von Dr. Egon Schneider. Die umfangreichsten Stichworte im Register z. B.: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Arbeitsverhältnis, Berufung, Beweislast, Familiengericht, Gewährleistung, Kauf, Kostenfestsetzung, Miete, Ordnungswidrigkeiten, Rechtsanwaltsgebühren, Schadenersatz, Strafaussetzung, Strafzumessung, Straßenverkehr, Verkehrssicherungspflicht, Unterhalt, Untersuchungshaft, Verjährung, Wettbewerb, Wohnungseigentum, Zwangsvollstreckung.

3) Monatsschrift für Deutsches Recht, 39. Jahrgang, herausgegeben von RA Dr. Mittelstein, redigiert von RA Dr. Paterna, Jahresumfang 1050 Seiten.
Jahres-Abonnement 150,– DM, für Jungjuristen und Studenten 106,50 DM.

Verlag Dr. Otto Schmidt KG · Köln

Zu dieser Schrift:

„... In diesem Zusammenhang ist vor allem auf den Beitrag von Schweizer hinzuweisen, der zu den Ermittlungsschwierigkeiten der Rechtstatsachenforschung Wesentliches und Neues bringt. In diesem Beitrag zeigt sich, daß auch die allgemeinen Techniken der Datenerhebung gerade von der rechtlichen Fragestellung, also von der Rechtstatsachenforschung, Wichtiges hinzuzulernen vermögen.

Die Durchführung dieses Nachweises im Beitrag Schweizer liefert zugleich die umfangreiche Substanz einer modernen Tatsachenermittlung. Dort wird nämlich versucht, den rechtstatsächlichen Forschungsprozeß möglichst eingehend zu erfassen und so genau wie irgend möglich die Aufgaben der Beteiligten entsprechend den Fragen des Forschungsprozesses aufzugliedern. Soweit ersichtlich, wurde ein solcher Versuch bis jetzt noch nicht unternommen. Durch die Gliederung in Forschungsphasen werden dabei zahlreiche Fehlerquellen aufgedeckt. Für die Praxis der Datenermittlung müßten sich nach einer solchen Systematisierung Zahl und Gewicht der Probleme klarer darstellen. Der Beitrag dokumentiert, daß die Rechtstatsachenforschung die empirische Sozialforschung erheblich fortentwickeln kann."

(Chiotellis/Fikentscher in der Einführung zu „Rechtstatsachenforschung – Methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht", Köln 1985)

ISBN 3 504 06752 7