



**Kurzvita** Ulrich Falk ist seit 2001 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Rhetorik und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Mannheim. Als Dekan und Direktor am Institut für Unternehmensrecht gab er dort den Anstoß zur Gründung des Zentrums für Insolvenz und Sanierung. Seit 2009 ist er zudem Lehrbeauftragter für Rhetorik an der Universität Luzern. Von 1992-2000 war er Referent am Max-Planck-Institut für Eu-

## Professor Dr. Ulrich Falk

Alfried Krupp Senior Fellow  
September 2010 – August 2011

ropäische Rechtsgeschichte; einen Ruf an die Universität Münster lehnte er ab. Seine Erkenntnisinteressen reichen von der antiken Gerichtsrhetorik über die frühneuzeitliche Rechtspraxis und -lehre (Zivilrecht, Strafrecht) bis zur Rechtspraxis und -wissenschaft im 19. Jahrhundert und der juristischen Zeitgeschichte.

**Wahrnehmungsverzerrungen: Ein Problemfeld (auch) der Rechtsgeschichte. Beobachtet am Beispiel des Konkursrechts und seiner Praxis um 1900**

Der Titel meines interdisziplinären Projekts ist sperrig, sein Gegenstand in vieler Hinsicht erläuterungsbedürftig. Die einschlägigen Stichworte sind auf Anhieb nur Experten verständlich. Ausgangspunkt sind Befunde der wahrnehmungs- und gedächtnispsychologischen Forschung, die auf Daniel Kahnemann (Nobelpreis 2002), Amos Tversky und Baruch Fischhoff zurückgehen. Im Anschluss an diese Pionierarbeiten haben zahllose Studien nachgewiesen, dass Denken, Entscheiden und Erinnern zahlreichen Verzerrungen unterliegen, die eine lästige Gemeinsamkeit aufweisen: Sie sind schwer zu vermeiden; anfällig sind sogar ausgewiesene Experten. In vielen Bereichen der deutschen Rechtswissenschaft wird die Herausforderung, die in diesem kognitionspsychologischen Befund liegt, noch kaum wahrgenommen.

Als konkretes Beobachtungsfeld hatte ich ein relativ kleines Gebiet vorgesehen, das mir durch eigene Vorarbeit gut vertraut war: Die deutsche Gesetzgebung, Rechtswissenschaft

und -praxis zum Konkursrecht um 1900. Am Wissenschaftskolleg hat sich der Fokus meiner Beobachtung dramatisch erweitert, zurück zum Anfang des 19. Jahrhunderts und weiter bis zu den frühneuzeitlichen Fundamenten des Konkursrechts im gemeineuropäischen Recht des 17. und 18. Jahrhunderts. Dieser Weg hinein in den Quellenberg der Jahrhunderte war mühsam und zeitaufwendig. Die vorläufige Auswertung der wichtigsten Primärquellen, auch der lateinischsprachigen, habe ich abgeschlossen. Mit der Thesenbildung bin ich gut vorangekommen. Rund 250 Manuskriptseiten habe ich bereits ausgearbeitet. Sehr viel Text- und auch Forschungsarbeit bleibt freilich noch zu leisten. Einer Bewertung des Ertrags in eigener Sache muss ich mich – eingedenk drohender Verzerrungen (self-serving bias, overconfidence, controll illusion, consensus bias) enthalten. Ich darf aber versichern, dass ich mein Bestes versucht habe.

**Kurzbericht**

Ulrich Falk

## Projektbericht

In der *Zeitschrift für deutschen Civilprozess* erschien im Jahr 1888 ein wichtiger Aufsatz zur europäischen Konkursrechtsgeschichte: *Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zu der Deutschen Konkursordnung vom 10. Februar 1877* (Bd. 12, S. 24-96). Der Verfasser war Wilhelm Endemann (1825-1899), seinerzeit Professor zu Bonn. Endemann bot ein „übersichtliches Bild“ der Herausbildung des Konkursverfahrens in der frühen Neuzeit. In vorbildlicher Klarheit legte er seine begrifflichen und methodischen Prämissen offen. An der Spitze stand die Definition dessen, was er als Kern der Konkursordnung von 1877 ansah: Ein Verfahren, das bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eines Schuldners allen beteiligten Gläubigern aus dem gesamten Vermögen des Schuldners „thunlichst weitreichende und gerechte Befriedigung verschaffen“ soll (S. 24). Diesen Primat optimaler Gläubigerbefriedigung und -gleichheit erklärte Endemann als maßgeblich nicht nur für das geltende Recht, sondern ebenso für die Rechtsgeschichte:

„Soll geschildert werden, wie das Konkursverfahren sich herausgebildet hat, so kann nur der heutige Begriff desselben zu Grun-

de gelegt werden. Wir müssen fragen, wann und aus welchen Gründen ist das entstanden, was wir gegenwärtig Konkursverfahren nennen, wann und aus welchen Ursachen sind die Merkmale hervorgegangen, die jetzt das Wesen desselben ausmachen.“ (S. 25).

Ähnliche Prämissen finden sich, weniger scharf formuliert, in anderen einflussreichen Arbeiten aus jener Zeit, namentlich bei Josef Kohler (1849-1919), Professor zu Berlin. Es liegt auf der Hand, dass ihr Vorgehen mit heutigem Methodenverständnis kollidieren kann. So rügt der Rechtshistoriker Wolfgang Forster, ein durch seine Habilitationsschrift bestens ausgewiesener Experte der Konkursrechtsgeschichte, mit Blick auf Kohler den „Zirkelschluss, dass für die Entwicklung wichtig ist, was, vom gedachten Endpunkt der Entwicklung aus gesehen, für diese wichtig sein soll“ (Konkurs als Verfahren, 2009, S. 87 Fn. 502). Aus kognitionspsychologischer Perspektive springt ins Auge, dass sich Endemann und Kohler in besonderem Maße dem Risiko der Rückschauverzerrung (*hindsight bias*) ausgesetzt hatten.

Ein Pionier dieser Forschung ist der Psychologe Baruch Fischhoff. Er hat schon 1975 auf die Relevanz seiner Studien gerade auch für

die Geschichtswissenschaft hingewiesen: Das Wissen um den Ausgang historischer Ereignisse, um geschichtliche Verläufe und Kausalitäten suggeriere den trügerischen Eindruck von Zwangsläufigkeit. Dadurch drohe ein unbewusster Determinismus, der die Einsicht in die Offenheit komplexer historischer Problemlagen – zum Beispiel von Kriegen – trübe. Dieser Effekt, den Fischhoff als *creeping determinism* bezeichnete, hindere daran, aus der Vergangenheit wirklich zu lernen (Hindsight ≠ Foresight, *Journal of Experimental Psychology*, vol. 1, p. 288-299). Nach mehreren Jahrzehnten intensiver empirischer Forschung ist dieser Befund wohl unabweisbar: Der Mensch neigt als rückschauender Betrachter intuitiv dazu, die Wahrscheinlichkeit systematisch zu überschätzen, mit der bestimmte Ereignisse eintreten konnten, wenn er über das Wissen verfügt (oder zu verfügen glaubt), dass diese Ereignisse tatsächlich eingetreten sind (seien). Zugleich unterschätzt er die Wahrscheinlichkeit alternativer Verläufe und Ereignisse oder blendet sie gänzlich aus. Im Bann des Ergebniswissens meint er, schon immer gewusst zu haben, dass sich gerade diese Ergebnisse einstellen mussten (*knew-it-all-along effect*). Es handelt sich um ein robustes, schwer

vermeidbares Phänomen, von dem auch Experten betroffen sind. Der Rückschauereffekt kann durch weitere Effekte verstärkt werden, gegen die auch Wissenschaftler keineswegs immun sind: zum Beispiel die intuitive Abneigung gegen Zweideutigkeiten (*ambiguity aversion*), die Verknüpfungsidee (*clustering illusion*), die Selbstbedienungsverzerrung (*self-serving bias*) und die Bestätigungsverzerrung (*confirmation bias*). Zu näheren Ausführungen ist im vorliegenden Bericht leider kein Raum.

Inwieweit aber wurden die Resultate, zu denen Kohler und Endemann gelangt sind, tatsächlich von derartigen Störfaktoren beeinträchtigt? Um Antworten auf diese schwierigen Fragen verantworten zu können, bin ich in der Durchführung meines Projekts nicht umhin gekommen, mich auch mit den rechtshistorischen Quellen intensiv auseinanderzusetzen, die für Endemann und Kohler von maßgebender Bedeutung waren. Dies führte mich tief hinein in den Berg der Primär- und Sekundärquellen des 17.-19. Jahrhunderts.

Forster ist in seiner Habilitationsschrift (*Konkurs als Verfahren*) zu einem vernichtenden Urteil über Kohlers Thesen gelangt, ohne

wahrnehmungspsychologische Fragen zu berühren (Endemann erwähnt er fast nur in Fußnoten). Den Kern dieses Urteils bildet die Widerlegung der Deutung, die Kohler einem Schlüsselwerk der europäischen Konkursrechtsgeschichte zugewiesen hatte, dem *Labyrinthus creditorum concurrentium* des Francisco Salgado de Somoza (1595-1665). Forsters Beweisführung ist eine dogmengeschichtliche, die durch die Einblendung politischer, ökonomischer und gesellschaftlicher Faktoren enorm hinzugewinnt. Dadurch gelingt ihm eine radikale Neubewertung des *Labyrinthus*, der erstmals 1651 erschien. Die Ausgabe 1653, die am MPI für Europäische Rechtsgeschichte verfügbar ist, umfasst 772 Textseiten in einem stattlichen Folioband. Der Verfasser, Richter am königlichen Gerichtshof zu Valladolid, war ein Kronjurist des spanischen Königs Philipp IV. In Forsters Untersuchung erweist sich der *Labyrinthus* – restlos anders als bei Kohler – als vollkommen zweckrational und zielführend. Das Verfahrensmodell, das dem *Labyrinthus* zugrunde lag, befriedigte – so Forster – einen akuten, für das Königtum unabweisbaren Bedarf, der sich in einer langen Phase heftiger politischer

und wirtschaftlicher Erschütterungen aufgestaut hatte. Seine historische Mission lag in der Erhaltung adliger Erb- und Landgüter, die der Verschuldungskrise des spanischen Adels im 17. Jahrhundert zum Opfer zu fallen drohten. Forster geht so weit, von der Erfindung eines sanierenden Konkurses zu sprechen. Forsters Buch hatte mich, als ich es 2009 erstmals las, schlagartig überzeugt. Kohlers Gegenposition zur Deutung des *Labyrinthus* – eine extrem kritische – erschien mir danach fast absurd. Mich beschäftigte seinerzeit nur noch die Anschlussfrage, wie eine solch krasse Fehlleistung – wenn man will: der Fall Kohler – überhaupt erklärbar ist. Wie konnte ein so quellenkundiger Rechtsgelehrter auf eine so abwegige Deutung verfallen? Etwa aus wahrnehmungspsychologischen Gründen? In diese Richtung schien mir Forsters These zu weisen, dass Kohlers Deutung des *Labyrinthus* und seiner Wirkungsgeschichte von seinem eigenen konkursrechtspolitischen Standpunkt im Deutschen Kaiserreich an der Schwelle zum 20. Jahrhundert beherrscht gewesen sei. Kohlers Standort war für mein Projekt am Wissenschaftskolleg selbstverständlich sehr von Interesse. Forsters Buch, das im Wesentlichen eine viel ältere Epoche betrifft, wollte

ich nur eine rühmende Rezension im Umfang von wenigen Seiten widmen. Dazu hatte ich – wie ich meinte – die Hauptarbeit schon bei der Erstlektüre geleistet. Meine Analysen zu Kohler, Endemann und deren Hauptquellen erzeugten jedoch unvermutete Zweifel und Einwände, auf die Forsters Buch keine oder nur andeutende Antworten vorhielt. Mein Rezensionsvorhaben hat sich dadurch immer weiter verzögert und ausgewachsen. Aus Tagen wurden Wochen und Monate. Die anfangs üppig vorhandene Zeit, die ich konzentriert in die Analyse von Quellen des späten 19. Jahrhunderts investieren wollte, vor allem auf konkursrechtliche Urteile des Reichsgerichts, schmolz zusammen. Auch die Auswertung der internationalen Forschungsliteratur zum Problemkomplex der *biases*, die ich auf breiter Basis hatte vornehmen wollte, musste ich beschneiden. Stattdessen wanderte mein Blick ruhelos zwischen konkursrechtlichen Texten aus drei Jahrhunderten hin und her. Selbstbeobachtend war mir bewusst, dass meine Arbeitsweise zum drastischen Beispiel für ein Phänomen taugt, das man in der kognitionspsychologischen Literatur als *planning fallacy* bezeichnet: Das Unvermögen, den Zeitbedarf und die Schwierigkeiten, die mit

anspruchsvollen Vorhaben verbunden sind, realistisch abzuschätzen. Es handelt sich um eine spezielle Ausprägung des generellen Phänomens der Selbstüberschätzung (*overconfidence*), eines der meistuntersuchten Phänomene der Urteilspsychologie. Schließlich bin ich in meinem Ringen mit dem *Fall Kohler*, der wider Willen auch zu einem *Fall Forster* geworden war, zu folgenden Thesen gelangt:

- (1) Das Verfahrensmodell, das Salgados Werk zugrunde liegt, war in der Tat präzise auf die Fortführung und Entschuldung einer elitären Gruppe von Schuldnern – des grundbesitzenden und staatstragenden Adels – ausgerichtet.
- (2) Diese Funktion war nicht nur Kohler verborgen geblieben, sondern dem gesamten deutschsprachigen Schrifttum zu Salgado. Von einer Zentrierung des Verfahrens auf die Interessen der Gläubiger, auf ihre tunlichst weit reichende und gerechte Befriedigung im Sinne Endemanns, konnte im *Labyrinth* der konkurrierenden Gläubiger überhaupt keine Rede sein.

(3) Das spanische Verfahrensmodell hatte einen Zuschnitt, den man im deutschen Vollstreckungsrecht seit dem 19. Jahrhundert als Zwangsverwaltung in Grundstücke zu bezeichnen pflegt. Diesen Begriff benutzt Forster nicht, er schwingt aber in seiner Analyse mit.

(4) Forsters Neubewertung des *Labyrinthus* ist zu radikal ausgefallen. Sie hat die schwarze Farbe, die Kohler reichlich aufgetragen hatte, in strahlendes Weiß verwandelt. Zu erinnern ist gegenüber beiden daran, dass der Grundton der Geschichte grau ist, grau in unendlichen Schattierungen.

(5) Endemanns und Kohlers Wahrnehmung der Konkursrechtsgeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts wurde durch Rückschauverzerrungen beeinträchtigt. Bei Kohler kamen in erstaunlicher Stärke die Phänomene der übersteigerten Urteilssicherheit (*overconfidence*) und der Ambiguitätsaversion (*ambiguity aversion*) und der Bestätigungsverzerrung (*confirmation bias*) hinzu. Die wissenschaftliche Kardinaltugend der Skepsis auch gegenüber eigenen Überzeugungen und Vermutungen war seine Sache nicht.

(6) Forsters Rekonstruktion weist einen blinden Fleck auf: Das Labyrinth war darauf berechnet, die Verzichts- und Vergleichsbereitschaft der Gläubiger zum Besten der sanierungsbedürftigen Schuldnerelite zu maximieren.

Erläuterung: Alle beteiligten Gläubiger wurden in kostenträchtige Prozesse gezwungen und darin auf Jahre gefangen gehalten. Auf Befriedigung, in welcher Höhe auch immer, durften sie erst am Ende des gesamten Verfahrensgangs hoffen. Jenen Gläubigern, die über finanzielle Reserven verfügten, blieb es natürlich unbenommen, die Durststrecke durchstehen zu wollen. Wirtschaftlich angeschlagene Gläubiger und diejenigen, die ein Missverhältnis zwischen Aufwand und Ertrag fürchteten, konnten sich dagegen gezwungen sehen, ihre Forderungen gegen die Sanierungsschuldner fallen zu lassen, um den Anwalts- und Gerichtskosten zu entgehen. Dass sich Verfahrenskosten bei langjährigen Prozessen horrend aufsummen und den Wert der Klagesumme um ein Mehrfaches übersteigen konnten, zählte zu den chronischen Schwächen frühneuzeitlicher Gerichtsbarkeit. Zur Routine damaliger Parteivertreter gehörte es, Gegner schon vorprozessual mit solchen Dro-

hungen unter Druck zu setzen. Als Alternative kam ein vom Schuldner geplanter Zwangsvergleich (*pactum remissorium*) in Betracht, der Forderungsverzichte und Umschuldungen verknüpfen konnte. Ein solcher Vergleich war auch in Konkursprozessen möglich, die schon Jahre gedauert hatten, sobald die Mehrheit der Gläubiger zu bereuen begann, sich auf den Gang ins Labyrinth eingelassen zu haben. Die Entwertung der Geldschulden durch Inflation konnte dann das Übrige tun. Dem Risiko, dass der Konkursprozess unliebsame Fortschritte machte, konnte professionell beratene Schuldner vorbeugen: Zu den anwaltlichen Standardtechniken gehörte auch die Prozessverschleppung. Schuldner, die über sozialen Einfluss verfügten, konnten Strohmänner einsetzen, die sich unter die wahren Gläubiger mischten. Diese verdeckten Interessenvertreter konnten, von den Beratern des Schuldners instruiert, eigene Forderungen vorschützen, konkurrierende Forderungen frivol bestreiten und die Prozessbereitschaft der wahren Gläubiger schikanös untergraben. Forster hat solche Möglichkeiten, die in der Grauzone zwischen legitimer und illegitimer Interessendurchsetzung liegen, nicht erkennbar ins Kalkül gezogen. Zugleich hat er Koh-

lers Deutung des *Labyrinthus* als „unrealistisch“ und „wirklichkeitsfern“ verworfen (S. 365).

(7) Die Besonderheit des *Labyrinthus*, alle Gläubiger unter Druck zu setzen, muss mitbedacht werden, wenn man die Effizienz des Verfahrensmodells in der zeitgenössischen spanischen Verfahrenspraxis untersuchen will. Man muss Kohlers Argumentation – reduziert auf ihren sachlichen Kern, befreit von ihrer maßlosen Übertreibungen – mit Forsters Rekonstruktion zusammendenken, um zu einem Gesamtbild zu gelangen, das der hochgradigen Ambivalenz des spanischen Konkursverfahrens gerecht wird. Aus Gläubigersicht konnte dieses Verfahren alptraumhafte Züge annehmen.

(8) Von all dem zu trennen ist die Anschlussfrage nach der Wirkungsgeschichte des *Labyrinthus* in den deutschsprachigen Territorien des Alten Reichs seit Mitte der 50er Jahre des 17. Jahrhunderts (also kurz nach Ende des 30jährigen Krieges). Der zwangsverwaltende Zuschnitt des Verfahrens und sein Potential zur Maximierung der Konzessionsbereitschaft der Gläubiger im Schuldnerinteresse

sind dabei von hoher Relevanz.

(9) Die künftige Forschung muss detailgenau prüfen, wie die Rezeptionsverläufe im Alten Reich und seinen einzelnen Territorien konkret beschaffen waren. Das Gleiche gilt für die daran schließende Verfahrenspraxis bis zum Ende des Alten Reichs. Eine unerschöpfliche Quelle ist ein zweibändiges Werk des großen Johann Jacob Moser (1701-1785): *Das Reichs-Ständische Schuldenwesen*. Zu rekonstruieren gilt es hier die Querverbin-

dungen zwischen der Praxis der höchsten Gerichte des Alten Reichs, die Moser auf 1558 Textseiten referiert, und der höchstrichterlichen Praxis in Spanien, die dem *Labyrinth* zugrunde liegt. Treffen wird man dabei auf frühneuzeitliche Fundamente des Rechts der Insolvenz von Hoheitsträgern, im Extremfall der Insolvenz ganzer Staaten. In diesem Kontext bedürfen die rund 250 Manuskriptseiten und die Exzerpte, die ich am Wissenschaftskolleg erstellen konnte, noch sehr vieler Ergänzungen.

Falk, U. (Hrsg.): *Fallstudien zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts um 1900*, Karlsruhe 2011.

Falk, U.: *Rezension zu Björn Laukemann, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Tübingen 2010, in: *Juristenzeitung* 2011, S. 464 f.

Falk, U.: *Nachfragen zum Konkurs als Verfahren. Besprechungsaufsatz zu Wolfgang Forster: Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts*, Köln Weimar Wien 2009; in Vorbereitung zum Druck für: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germanistische Abteilung*.

Falk, U.: *Studien zur Rechtsgeschichte des Konkurses zwischen Fortführung und Liquidation*.

Als Monographie in Vorbereitung; rund 250 Manuskriptseiten liegen bereits vor; der Umfang des Werks wird aber erheblich größer ausfallen. Erscheinen soll es in der Schriftenreihe *Rechtsprechung* des MPI für Europäische Rechtsgeschichte; wann die Fertigstellung erfolgt sein wird, kann ich derzeit nicht zuverlässig abschätzen, auch wegen der Ungewissheiten, die aus der Einbindung in eine beantragte DFG-Forschergruppe erwachsen: Interdisziplinäre Forschung zum deutschen Verwaltermodell – Teilprojekt 1. Ich bin zugleich Sprecher der elfköpfigen Projektgruppe. Derzeit befindet sich die Projektskizze, von mir eingereicht im Februar 2011, noch in der DFG-Begutachtung.

ausgewählte  
Veröffentlichungen