

Schriften zum Prozessrecht

Band 318

Richterliche Folgenberücksichtigung

**Eine Untersuchung der praktischen Entscheidungsfindung und
-begründung unter Berücksichtigung von Folgen im Zivilprozess**

Von

Georg Joecker



Duncker & Humblot · Berlin

GEORG JOECKER

Richterliche Folgenberücksichtigung

Schriften zum Prozessrecht

Band 318

Richterliche Folgenberücksichtigung

Eine Untersuchung der praktischen Entscheidungsfindung und
-begründung unter Berücksichtigung von Folgen im Zivilprozess

Von

Georg Joecker



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-19208-3 (Print)
ISBN 978-3-428-59208-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Para la tierrita.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen.

Ein ganz besonderer Dank gilt Prof. Dr. Sebastian A. E. Martens M.Jur. (Oxon). Trotz unserer geographischen Entfernung hat er diese Arbeit von Beginn an mit großem Engagement, ermunternden Worten, trockenem Humor, scharfen Blick und wertvollen Anmerkungen eng begleitet. Seine Neugier, Diskussionsbereitschaft und Genauigkeit haben diese Arbeit ungemein bereichert. Sehr herzlich danke ich auch Prof. Dr. Markus Würdinger für die Übernahme des Zweitgutachtens und die anregende Diskussion im Rahmen der Verteidigung.

Ohne Dr. Raphael de Barros Fritz, LL. M. (Tulane), SJD als besten Freund wäre diese Arbeit gar nicht erst entstanden. Hierfür und für unsere unvergleichbare Freundschaft seit unserem ersten Semester an der Universität Passau bin ich unglücklich dankbar.

Herrn Prof. Dr. Armin Hatje gebührt ein großer Dank für seine herzliche Aufnahme an den Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Hamburg. Seine Unterstützung hat diese Arbeit ungemein gefördert. Gleiches gilt für meine großartigen Lehrstuhlkolleginnen, insbesondere für Sarah Geiger (*Maîtrise en droit, Paris II*), die als pendelnde Büronachbarin in genau den richtigen Momenten für großartige Zerstreuung gesorgt hat.

Die bedingungslose Unterstützung meiner Eltern und meiner Schwester hat die Entstehung dieser Arbeit (und vieles Anderes) erst möglich gemacht. Meine unendliche Dankbarkeit kann nicht in Worte gefasst werden.

Hamburg, im Februar 2025

Georg Joecker

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
B. Theoretischer Teil	20
I. Begriffsbildung und Begriffssystem	20
1. Begriffsbestimmung und -festsetzung des Begriffs der Folge als ersten Bestandteils des zu untersuchenden Kompositums	22
a) Begriffsanalyse	23
aa) Etymologie und Umgangssprachliche Bedeutung des Begriffs der Folge	26
bb) Der Folgebegriff in der rechtlichen Fachsprache	28
(1) Folge in Normtexten	30
(2) Folge in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung	35
b) Festsetzung der Bedeutung	37
c) Untergliederung der Folgenarten	40
aa) Rechtliche und tatsächliche Auswirkungen einer juristischen Entscheidung	40
bb) Rechtsfolgen	42
cc) Realisierte Rechtsfolgen	42
dd) Logisch-rechtliche Folgen und rechtliche Handlungsfolgen	43
ee) Auswirkungen für andere Fälle der Gesetzesanwendung	44
ff) Tatsächliche Aspekte des Rechtssystems	46
gg) Personale Reichweite der Folgen	47
(1) Personale, rechtliche Reichweite der Folgen	47
(2) Personale, tatsächliche Reichweite der Folgen	50
hh) Art der Verursachung	51
ii) Zeitlicher Bezug der Folgen zu der Entscheidung	54
jj) Räumlicher Bezug der Folgen zu der Entscheidung	54
kk) Vorhersehbarkeit	55
ll) Haupt- oder Nebenfolgen	58
mm) Intendierte Folgen	59
nn) Justiznahe Folgen	60
d) Funktion des Folgebegriffs in einer Theorie der Folgenberücksichtigung	60
e) Adäquatheit der festgesetzten Bedeutung	61
f) Zwischenergebnis	64

2. Begriffsbestimmung und -festsetzung des Begriffs der Berücksichtigung als zweiten Bestandteils des zu untersuchenden Kompositums	64
a) Begriffsanalyse	64
aa) Der zweite Bestandteil des Kompositums in der Umgangssprache	65
bb) Der zweite Bestandteil des Kompositums in der rechtlichen Fachsprache	68
cc) Der zweite Bestandteil des Kompositums in der rechtmethodischen Auseinandersetzung mit Folgen in der Rechtsanwendung ..	70
b) Bedeutungsfestsetzung	74
c) Funktion innerhalb der Theorie	75
d) Adäquatheit	76
e) Zwischenergebnis	77
II. Folgenberücksichtigung und richterliche Rechtsanwendung	77
1. Die Berücksichtigung von Folgen innerhalb des Prozesses der Rechtsanwendung	77
a) Syllogismus und Folgenberücksichtigung	79
aa) Auffindung und Auslegung der anwendbaren Rechtsnorm	83
(1) Auffindung der anwendbaren Rechtsnorm	83
(2) Auslegung der anwendbaren Rechtsnorm	85
(a) Folgenberücksichtigung aufgrund eines Anwendungsfehls	86
(b) Folgenberücksichtigung bei der Auslegung von Rechtsnormen	87
bb) Bildung des Sachverhalts	88
cc) Bildung der Rechtsfolge	93
dd) Zwischenergebnis	94
b) Abwägung und Folgenberücksichtigung	95
aa) Normstruktur und Normarten	95
(1) Prinzipien und Regeln	95
(2) Finale und konditionale Normen	96
(3) Ziel- und Zwecknormen	99
(4) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln	102
bb) Relevanz der Folgenberücksichtigung für den Abwägungsvorgang	107
(1) Begriff und Struktur der Abwägung	107
(2) Relevanz von Folgen innerhalb der Abwägungsstruktur	109
(a) Auswahl des Abwägungsmaterials	109
(b) Gewichtung der Abwägungsgesichtspunkte	111
(aa) Abstrakte Gewichtung der Gesichtspunkte	111
(bb) Konkrete Gewichtung der Abwägungsgesichtspunkte	112
(c) Der eigentliche Abwägungsvorgang	117
cc) Zwischenergebnis	118

2. Verhältnis der Folgenberücksichtigung zu den Auslegungsmethoden	119
a) Wortlautauslegung	119
b) Systematische Auslegung einer Norm	121
c) Historische Auslegung	124
d) Teleologische Auslegung	126
aa) Struktur der teleologischen Auslegung einer Vorschrift	126
bb) Teleologische Auslegung und Folgenberücksichtigung	128
(1) Bisherige Diskussion	128
(2) Eigener Ansatz	130
e) Sonderformen der Auslegung	132
aa) Verfassungskonforme und verfassungsorientierte Auslegung	133
(1) Verfassungskonforme Auslegung	133
(2) Verfassungsorientierte Auslegung	134
bb) Ökonomische Analyse des Rechts	135
f) Zwischenergebnis	137
3. Rechtsfortbildung	137
a) Begriff der Rechtsfortbildung	138
aa) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	139
bb) Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	140
b) Rechtsfortbildung und Folgenberücksichtigung	141
c) Teleologische Reduktion und Folgenberücksichtigung	142
d) Analogie und Folgenberücksichtigung	144
aa) Erster Schritt: Feststellung, dass der zur Entscheidung stehende Sachverhalt nicht unter eine anwendbare Norm subsumiert werden kann	146
bb) Zweiter Schritt: Erforschung und Darlegung des Zwecks und Be- gründung der Anwendbarkeit des Zwecks auf den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt	146
cc) Dritter Schritt: Begründung der Ähnlichkeit von Normtatbestand und ungeregeltem Sachverhalt	148
dd) Vierter Schritt: Lückenschließung	150
e) Zwischenergebnis	150
4. Schlussfolgerung: Rechtsanwendung und Reflexion der Folgen	151
III. Grenzen der richterlichen Rechtsanwendung	152
1. Verfassungsrechtliche Grenzen	153
2. Normgefüge als Grenze	156
3. Methodik als Grenze	158
4. Dogmatik als Grenze	159
a) Begriff, Aufgabe und Verbindlichkeit der Rechtsdogmatik	160
b) Verhältnis der Rechtsdogmatik zu der Folgenberücksichtigung	162
5. Präjudizien als Grenze	164

6. Grenzen aus den Arbeitsbedingungen der Justiz	167
IV. Arbeitsschritte der Folgenberücksichtigung	171
1. Normen mit Anwendungsbefehl	172
a) Einstweiliger Rechtsschutz	172
aa) § 32 BVerfGG	172
bb) § 940 ZPO	175
cc) § 123 I VwGO	177
dd) § 80 V 1 VwGO	178
b) § 46 I StGB	179
c) § 60 und §§ 11 II, 18 StGB	180
d) Bauplanerische Abwägung, §§ 1 VII, 2 III BauGB	181
e) Billigkeits- und Härtevorschriften des bürgerlichen Rechts	183
2. Gesetzesfolgenabschätzung	185
a) Gesetzesfolgenabschätzung auf nationaler Ebene	186
aa) Prospektive Gesetzesfolgenabschätzung	186
bb) Begleitende Gesetzesfolgenabschätzung	188
b) Gesetzesfolgenabschätzung auf europäischer Ebene	189
3. Eigenes Modell	191
a) Anwendbarkeit	191
b) Bildung der Entscheidungsmöglichkeiten	192
c) Auswahl der zu berücksichtigenden Folgen	193
aa) Berücksichtigung rechtlicher Folgen	196
bb) Berücksichtigung von Individualfolgen	197
d) Folgenprognose	199
e) Folgenbewertung	203
aa) Anwendungsbereich außerrechtlicher Kriterien	205
bb) Eignung außerrechtlicher Kriterien zur Folgenbewertung	206
4. Zwischenergebnis	209
V. Begründung für die Folgenberücksichtigung	209
1. Akzeptanz	209
2. Rationalität rechtlicher Entscheidungen	214
a) Zweckrationalität und Wertrationalität	215
b) Rationalität durch Diskurs	217
c) Falsifikation	218
d) Zwischenergebnis	220
3. Überbrückung der Kluft zwischen Recht und Gesellschaft	221
4. Umgang mit Ungewissheiten im Recht	222

C. Praktischer Teil	224
I. Terminologie und dogmatische Einordnung	224
1. Normtatsachen und Subsumtionstatsachen	224
a) Rechtsdogmatische Urteilsgrundlagen	226
b) Dogmatische Einordnung der Normtatsachen im Zivilprozess	227
2. Erfahrungssätze	229
a) Dogmatische Einordnung der Erfahrungssätze	229
b) Verhältnis der Erfahrungssätze zu Normtatsachen	231
3. Legislative Facts	232
4. Prognosen als Tatsachen im Sinne der ZPO	234
5. Subsumtionstatsachen, Normtatsachen, Erfahrungssätze, <i>legislative facts</i> , Prognosen und Folgenberücksichtigung	235
6. Zwischenergebnis	239
II. Folgenprognose im Zivilprozess	239
1. Ermittlungsbedürftigkeit	239
2. Richterliche Überzeugung hinsichtlich der Folgen	242
3. Zivilprozessuale Erkenntnismöglichkeiten zur Prognose erwarteter Folgen 243	
a) Ermittlungsmöglichkeiten bei Erfahrungssätzen auf der Ebene des Ober- satzes und Normtatsachen nach der Rechtsprechung	244
b) Ermittlungsmöglichkeiten bei Erfahrungssätzen und Normtatsachen nach der Diskussion in der Literatur	246
c) Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts bei gleichzeitiger Qualifikation eines Umstandes als Norm- und Subsumtionstatsache	249
d) Denkbare Erkenntnismittel für die Folgenprognose	250
aa) Parteianhörung, Parteivernehmung, Beweis durch Urkunden, Zeu- genbeweis	251
bb) Verwendung von Sachverständigen	252
(1) Beweis und Ermittlung durch Sachverständige	252
(2) Zusammenarbeit des Gerichts mit Sachverständigen	255
(a) Problemstellung	255
(b) Prozessuale Reaktionsmöglichkeiten	257
(aa) Auswahl des Sachverständigen	258
(bb) Beweisfrage	259
(cc) Weisungs- und Leitungsbefugnis des Gerichts, Befra- gung des Sachverständigen durch die Parteien und Er- läuterung des Gutachtens	261
(dd) Überprüfung des Sachverständigengutachtens	261
(c) Zwischenergebnis	264
cc) Behördliche Auskünfte	264
dd) Kenntnis der Parteien	265
4. Ermittlungslast bei Folgen	267

5. Folgenprognose im Revisionsverfahren	269
a) Ermittlung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen zur Bildung des Obersatzes durch Revisionsgerichte	269
b) Zweckmäßigkeit einer Folgenprognose durch Revisionsgerichte	271
III. Begründungsanforderungen an zivilprozessuale Urteile bei der Folgenberück- sichtigung	274
IV. Rechtliches Gehör der Parteien bei der Folgenberücksichtigung	278
V. Kosten des Verfahrens	280
1. Grundgedanke der Kostenerstattungspflicht im Zivilprozess	281
2. Anwendbarkeit auf die Berücksichtigung von Folgen im Zivilprozess	282
a) Folgenberücksichtigung aufgrund eines Anwendungsbefehls	282
b) Folgenberücksichtigung zur Bildung des Obersatzes	282
aa) Kosten der Ermittlung von Amts wegen	283
bb) Kosten der Ermittlung nach § 293 ZPO	283
cc) Kostentragungspflicht der unterlegenen Partei bei Normtatsachen und Erfahrungssätzen zur Bildung des rechtlichen Entscheidungs- maßstabes	284
3. Folgerungen für die Kostenverteilung bei der Folgenprognose zur Bildung eines Obersatzes	286
D. Kritik an der Berücksichtigung von Folgen in der Rechtsanwendung	290
I. Fehlende verfassungsrechtliche Berechtigung von Gerichten zur Berücksich- tigung von Folgen	290
1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und fehlende Bindung an Gesetz und Recht bei Rechtsanwendung mit Hilfe von Folgenberücksichti- gung	290
2. Gefährdung der Rechtssicherheit durch Folgenberücksichtigung	292
3. Verletzung des Gleichheitsgebots	293
II. Legitimationsverlust der Rechtsprechung durch Berücksichtigung von Folgen	293
III. Fehlende Funktionalität der Rechtsprechung	294
IV. Praktische Undurchführbarkeit der Folgenberücksichtigung	295
E. Schluss	299
I. Begriffsbildung	299
II. Folgen im Prozess der Rechtsanwendung	299
III. Verhältnis der Folgenberücksichtigung zu den tradierten Auslegungsmethoden	300
IV. Verhältnis der Folgenberücksichtigung zu der Rechtsfortbildung	300
V. Schlussfolgerung: Rechtsanwendung und Reflexion der Folgen	301
VI. Grenzen der richterlichen Rechtsanwendung	301
VII. Arbeitsschritte der Folgenberücksichtigung	301
VIII. Begründung für die Folgenberücksichtigung	302

IX. Terminologie und dogmatische Einordnung der Folgenprognose im Zivilprozess	302
X. Prozessuale Ermittlung der Tatsachengrundlage von Folgenprognosen	303
XI. Folgenprognose im Revisionsverfahren	303
XII. Begründungsanforderungen an zivilprozessuale Urteile bei der Berücksichtigung von Folgen	303
XIII. Anhörung der Parteien	304
XIV. Kosten des Verfahrens	304
Literaturverzeichnis	305
Sachwortverzeichnis	328

A. Einleitung

Für die Begründung rechtlicher Entscheidungen wird verbreitet auf Folgen Bezug genommen. Bereits im römischen Recht wurde mit den Folgen rechtlicher Entscheidungen argumentiert.¹ Auch in der gegenwärtigen gerichtlichen Praxis werden Folgen zur Entscheidungsfindung und -begründung herangezogen.² Oftmals aber werden Folgen von Gerichten im Rahmen der Entscheidungsfindung diskutiert, ohne dass dies in der Begründung deutlich gemacht wird,³ sodass die Erwägungen zu den Folgen einer Entscheidung im Beratungszimmer keinen Weg in die Entscheidungsbegründung finden.⁴

Die Tatsache, dass rechtliche Entscheidungen anhand ihrer Folgen gebildet und begründet werden, hat auch die Rechtswissenschaft erkannt. Insbesondere seit den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts hat sich die rechtswissenschaftliche Literatur damit befasst, wie die gesellschaftlichen, ökonomischen oder ökologischen Folgen Teil der Findung und Begründung rechtlicher Entscheidungen sein können.⁵ Die Diskussion in der Rechtswissenschaft um die Relevanz von Folgen im Recht hat die Bedeutung dieser Argumentationsform aufzeigen können, ohne dass eine eigene Methode für die praktische Rechtsanwendung entwickelt worden ist.⁶ In den bisherigen Arbeiten wurden grundlegende Fragen beantwortet, die sich bei der Be-

¹ *Wacke*, *Mélanges Fritz Sturm*, Vol. I, S. 547 (553 ff.) mit Beispielen aus dem römischen Recht. Siehe zur weiteren Entwicklung *Deckert*, S. 9 m. w. N.

² Vgl. dazu die Rechtsprechungsübersichten bei *Kilian*, S. 212 ff.; *Sambuc*, S. 75 ff.; *Sendler*, FS Simon, S. 113 (118 ff.); *Coles*, S. 168 ff.; *Deckert*, S. 252 ff.; *Feller*, S. 46 ff.

³ *Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 1 Rn. 34; *Staben*, S. 90; *Sendler*, FS Simon, S. 113 (115); *Hassemer*, FS Coing, S. 493 (496 Fn. 17).

⁴ *Sendler*, FS Simon, S. 113 (114 f.).

⁵ U. a. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 191 ff.; *Podlech*, AÖR 95 (1970) 185 (201, 208); *Winter*, Rechtstheorie 2 (1971), 185 ff.; *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 31 ff.; *Kilian*, S. 207 ff.; *Heldrich*, JuS 1974, 281; *Rüssmann*, JuS 1975, 352 (357 f.); *Teubner*, Rechtstheorie 6 (1975), 179 ff.; *Sambuc*, passim; *Pfeifer-Frenzel*, S. 81 ff.; *Koch/Rißmann*, Begründungslehre, S. 227 ff.; *Wälde*, passim; *Rottleuthner*, ARSP Beiheft N.F. Nr. 13, 97 ff.; *Schlink*, Der Staat 19 (1980), 73 (91 f., 103 ff.); *Böhlk/Unterseher*, JuS 1980, 323 ff.; *Lübbe-Wolff*, passim; *Hassemer*, FS Coing, S. 493 ff. Zuletzt zu der Relevanz von Folgen in der Rechtsanwendung *Möllers*, Methodenlehre, § 5 Rn. 56 ff.; *Pajunk*, Einbindung, S. 156 ff.; *Göke*, S. 10 ff.; *Martens*, Methodenlehre, S. 478 ff.; *Lassahn*, ARSP 99 (2013), 323 ff.; *Windoffer*, passim; *Zhang*, passim.

⁶ Kritisch daher *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 399: „*De facto* wird mit der Forderung nach Folgenorientierung jedoch eher ein Forschungsprogramm definiert, als dem Richter praktisch geholfen.“; ähnlich: *Hensche*, Rechtstheorie 1998, 103 (119); *Brink*, S. 173; *Appel*, Innovationsfolgenabschätzung, S. 178.

trachtung der Folgen juristischer Entscheidungen stellen.⁷ Es wurde auch die Einbeziehung von Folgen für einzelne Rechtsgebiete untersucht,⁸ ohne dass aber eine praktische Methode⁹ für die Verwendung von Folgen einer juristischen Entscheidung entwickelt worden ist.¹⁰ Zudem wurden die praktischen Herausforderungen, die sich Gerichten bei einer möglichen Beachtung von Folgen stellen, erkannt, aber nicht untersucht.¹¹

Die aufgezeigten Lücken in der bisherigen Diskussion in der Rechtswissenschaft zu den Folgen sollen mit dieser Untersuchung geschlossen werden. Daher wird in dieser Arbeit eine Theorie¹² für eine praktische Methode der Folgenberücksichtigung entwickelt. Sie soll eine transparente und nachvollziehbare Einbeziehung von Folgen in die richterliche Entscheidungsfindung und -begründung ermöglichen. Zu diesem Zweck wird die Berücksichtigung von Folgen im Zivilprozess untersucht. Für diese Arbeit wurde der Zivilprozess gewählt, da Zivilgerichten, anders als Verwaltungs-, Sozial- oder Finanzgerichten, ein besonderer Konkretisierungs- bzw. Gestaltungsauftrag im Einzelfall zukommt, der sich nicht auf die Überprüfung vorgehender behördlicher Entscheidungen beschränkt.¹³ Aufgrund des Beibringungs- und Dispositionsgrundsatzes des Zivilprozesses stellen sich zudem besondere Herausforderungen bei der richterlichen Berücksichtigung von Folgen, die eine Untersuchung der praktischen Umsetzbarkeit erfordert.

Zur Entwicklung einer praktisch anwendbaren Theorie der Folgenberücksichtigung wird in dieser Arbeit der gesamte Vorgang der Rechtsanwendung untersucht und überprüft, wie Folgen zur Begründung einer Entscheidung innerhalb verschiede-

⁷ Siehe dazu *Podlech*, AöR 95 (1970) 185 (201, 208); *Rottleuthner*, ARSP Beiheft N.F. Nr. 13, 97 ff.; *Wälde*, passim; *Sambuc*, S. 90 ff.; *Lübbe-Wolff*, passim; *Deckert*, passim; *Zhang*, passim, *Lassahn*, ARSP 99 (2013), 323 ff.; *Pajunk*, Einbindung, S. 156 ff.; interdisziplinär: *Coles*, passim; *Wälde*, passim.

⁸ Zum Wettbewerbsrecht *Sambuc*, passim; zum Strafrecht: *Hassemer*, FS Coing, S. 493 ff.; zum Arbeitsrecht die Beiträge im Tagungsband „Folgenabschätzung im Arbeitsrecht“, herausgegeben von *Rieble/Junker*; zu Fortsetzungsvereinbarungen bei Personengesellschaften *Pfeifer-Frenzel*, S. 108 ff.; siehe zum Europarecht: *Göke*, S. 10 ff.; *Martens*, Methodenlehre, S. 478 ff.; *Bengoetxea*, FS Rasmussen, S. 39 ff.; zu Abschreckungseffekten bei Grundrechten *Staben*, S. 89 ff.; zu der Sicherung von Nachhaltigkeit durch rechtliche Entscheidungen *Windoffer*, passim.

⁹ Zu dem Begriff der Methode siehe unten B. III. 3.

¹⁰ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 399 f.; *Brink*, S. 173; *Appel*, Innovationsfolgenabschätzung, S. 178.

¹¹ Vgl. z.B. *Winter*, Rechtstheorie 2 (1971), 185 (191 f.); *Sambuc*, S. 127 ff.; *Deckert*, S. 136 ff.; *Brink*, S. 170 ff.; *Zhang*, S. 52 ff.

¹² Siehe zu den Eigenschaften wissenschaftlicher Theorien im Allgemeinen und der Aufgabe juristischer Theorien im Besonderen: *Canaris*, JZ 1993, 377 f.; *Jansen*, ZEuP 2005, 750 (761 ff.). Vgl. auch v. *Aaken*, Funktionale Rechtswissenschaftstheorie, S. 79 (84 ff.). Vgl. zum Begriff der Theorie *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 17 ff. und *Jakl*, Theorien, S. 90 und 98.

¹³ *Appel*, Innovationsfolgenabschätzung, S. 171. Siehe zu den Unterschieden in der Tätigkeit der Staatsgewalten bei der Berücksichtigung von Folgen *Windoffer*, S. 196 ff.

dener Formen der juristischen Argumentation relevant werden können. Zu diesem Zweck werden rechtliche Argumentationsformen wie der Syllogismus, die Abwägung und die Analogie untersucht. Grundlage dieser Untersuchung ist eine Begriffsbildung, die anhand wissenschaftstheoretischer Methoden¹⁴ unter Berücksichtigung der besonderen Anforderungen der Rechtswissenschaft erfolgt.¹⁵ Im Rahmen der Begriffsbildung wird ein neues Verständnis der Folgenberücksichtigung entwickelt und ein Begriffssystem gebildet, das eine Ordnung unterschiedlicher Folgearten ermöglicht. Bei einer Untersuchung der praktischen Folgenberücksichtigung muss auch nach den Grenzen dieses Ansatzes gefragt werden. Hierfür werden Beschränkungen untersucht, die sich Gerichten nicht nur unmittelbar aus der Rechtsordnung stellen, sondern es werden auch zusätzliche Hürden ins Auge gefasst, die sich Gerichten bei der rechtlichen Argumentation unter Verwendung von Folgen stellen können. Im Anschluss hieran wird ein Argumentationsmodell der Folgenberücksichtigung entwickelt. Diese Methode wird induktiv aus der Rechtsordnung gebildet. Hierzu werden Gesetzestexte und dogmatische Ansätze untersucht, die selbst die Berücksichtigung von Folgen anordnen, um einen Schluss auf eine übergreifende Methode der Folgenberücksichtigung ziehen zu können, die auch jenseits dieser Normen und Ansätze für die richterlichen Rechtsanwendung herangezogen werden kann.

Der zuvor entwickelte Ansatz für eine praktische Berücksichtigung von Folgen ist auf seine Umsetzbarkeit im Zivilprozess zu untersuchen. Hier stellt sich insbesondere das Problem der Ermittlung der tatsächlichen Umstände, die für eine Folgenprognose erforderlich sind. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu klären, wie solche Umstände, die für eine Folgenberücksichtigung notwendig sind, innerhalb der zivilprozessualen Dogmatik qualifiziert werden können und wie sich diese Qualifikation auf die Erhebung bzw. Ermittlung dieser Umstände auswirkt. Das Zwischenergebnis ist Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung der Folgenberücksichtigung in der richterlichen Praxis. Für die gerichtliche Arbeit im Zivilprozess stellen sich mehrere Anschlussfragen: Unter anderem ist für die Berücksichtigung von Folgen zu klären, wann bestimmte Tatsachen der Ermittlung oder des Beweises bedürfen, was der notwendige Grad der richterlichen Überzeugung ist, ob und welche Beweislast besteht, wie eine Zusammenarbeit des Gerichts mit Sachverständigen erfolgen kann, welche Anforderungen an die Begründung der Entscheidung bestehen und wie rechtliches Gehör bei der Berücksichtigung von Folgen zu gewähren ist. Sodann ist zu untersuchen, wer und in welchem Umfang die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

¹⁴ Zu einem Begriff der Wissenschaftstheorie vgl. *Kornmesser/Büttemeyer*, Wissenschaftstheorie, S. 4 ff.

¹⁵ Siehe v. *Aaken*, Funktionale Rechtswissenschaftstheorie, S. 79 (84 ff.) zu einem Ansatz für eine mögliche Rechtswissenschaftstheorie.