

Schriften zum Prozessrecht

Band 161

**Justizielle Risikoverteilung
durch Richter und Sachverständige
im Zivilprozeß**

Von

Martin Danner



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN DANNER

Justizielle Risikoverteilung durch Richter
und Sachverständige im Zivilprozeß

Schriften zum Prozessrecht

Band 161

Justizielle Risikoverteilung durch Richter und Sachverständige im Zivilprozeß

Von

Martin Danner



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Danner, Martin:

Justizielle Risikoverteilung durch Richter
und Sachverständige im Zivilprozeß /
von Martin Danner. – Berlin : Duncker und Humblot, 2001
(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 161)
Zugl.: Bremen, Univ., Diss., 1999
ISBN 3-428-10125-1

Alle Rechte vorbehalten
© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 3-428-10125-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Die Unterscheidung zwischen Norm und Sachverhalt gehört zu den elementaren Denkkategorien der Rechtswissenschaft.

Im Zivilprozeß prägt diese Unterscheidung das Rollenverständnis von Richtern und Sachverständigen: Während den Richtern die Rechtskunde im Umgang mit den Normen zugeschrieben wird, weist man den Sachverständigen herkömmlicherweise das Handlungsfeld des Sachverhalts zu. Da es aber im Zivilprozeß um die Beurteilung von Sachverhalten anhand von Normen geht, wird die einfache Parzellierung der Handlungsfelder in einen Bereich der Normen und in einen Bereich des Sachverhaltes dem zivilprozessualen Gesamtgeschehen häufig nicht gerecht.

Mit der vorliegenden Arbeit wird der Versuch unternommen, das Zusammenwirken von Richtern und Sachverständigen im Zivilprozeß aus der überkommenen Kategorienbildung herauszulösen. Betrachtet man nämlich Normbildungsprozesse genauer, dann wird deutlich, daß auch den Normen abstrakt-generelle Sachverhaltsannahmen zugrunde liegen: Geht es darum, den Zuschnitt einer Norm festzulegen bzw. diese zu konkretisieren, dann ist auch dies ohne einen Bezug zur Realität nicht möglich. Es sind dann vielmehr allgemeine normtatsächliche Sachverhalte zu verarbeiten, um die jeweilige Norm zu präzisieren. Werden solche normtatsächliche Informationen im Zivilprozeß prospektiv, d.h. im Hinblick auf künftige Einzelfallentscheidungen verarbeitet, dann ermöglicht dies eine realitätsbezogene rechtsgestalterische Risikoverteilung anhand von präzisen Normprogrammen.

Die Risikoverteilung ist insoweit als eine Entscheidung über die Ausgestaltung zivilrechtlicher Entscheidungsprogramme aufzufassen, die sowohl von der Sachverhaltsfeststellung im Einzelfall als auch von der Einzelfallentscheidung zu unterscheiden ist.

Mit dieser neuen Kategorienbildung ist der Grundstein dafür gelegt, um eine grundlegende Neubestimmung des Verhältnisses von Richtern und Sachverständigen im Zivilprozeß vorzunehmen.

Obwohl mit diesem Ansatz fundamentale rechtswissenschaftliche Grundannahmen kritisch hinterfragt werden, liegt der Akzent der Arbeit nicht auf einem Bruch mit den bislang erarbeiteten Theoriegebäuden, sondern auf einer Weiterentwicklung der seit Jahrhunderten immer wieder modifizierten Lehre von den Sachverständigen im Zivilprozeß. Die Forschungsperspektive besteht dabei nicht nur in der rechts- und prozeßtheoretischen Grundla-

genarbeit, sondern auch darin, der Rechtspraxis konkrete Vorschläge zu unterbreiten, wie die Rationalität und Effizienz zivilprozessualer Entscheidungsfindungsprozesse verbessert werden kann.

Die vorliegende Arbeit entstand im Rahmen des Graduiertenkollegs Risikoregulierung und Privatrechtssystem an der Universität Bremen. Sie wurde im Sommersemester 1999 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen als Dissertation angenommen.

Wichtige Anregungen und Impulse erhielt die Arbeit durch die das Graduiertenkolleg betreuenden Professoren Dr. Dieter Hart (Sprecher), Dr. Reinhard Damm (stellv. Sprecher), Dr. Eike Schmidt, Dr. Gert Brüggemeier sowie Dr. Christian Joerges.

Mein ganz besonderer Dank gilt dabei Herrn Prof. Dr. Eike Schmidt. Seine rechtstheoretische Grundlagenarbeit, seine weitsichtige Unterstützung und seine überaus hilfreiche Kritik eröffneten mir überhaupt erst die erforderlichen Perspektiven für meine Forschungstätigkeit.

Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Dieter Hart für die Übernahme der Zweitbegutachtung und für viele wichtige Anregungen vor allem im Hinblick auf die medizinrechtlichen Aspekte der Arbeit.

Ferner möchte ich allen Kollegiatinnen und Kollegiaten des Graduiertenkollegs Risikoregulierung und Privatrechtssystem danken. Der rege wissenschaftliche Austausch im Graduiertenkolleg war von nicht zu unterschätzender Bedeutung für meine Arbeit. Besonders hervorheben möchte ich insoweit die zahlreichen Diskussionen mit Herrn Dr. Volker Besch, die uns quer durch das Beweisrecht bis hinauf in ferne erkenntnistheoretische Abstraktionshöhen geführt haben. Gerne verweise ich an dieser Stelle auf seine Arbeit zur Produkthaftung für fehlerhafte Arzneimittel.

Ebenfalls besonders danken möchte ich Herrn Gotthard Bechmann, der mir wichtige Anregungen zur interdisziplinären Risikoforschung, zur Steuerungstheorie und zur Realfolgenreflektion gab und der mir so die Möglichkeit eröffnete, den rechtswissenschaftlichen Forschungsstand besser in einen globaleren Forschungskontext einzuordnen.

Mein Dank gilt auch der Deutschen Forschungsgemeinschaft, ohne deren Dissertationsstipendium diese Arbeit nicht hätte geschrieben werden können. Mein besonderer Dank gilt auch den Freunden der Universität Bremen, die mich für die vorliegende Arbeit mit dem „Bremer Studienpreis 2000“ ausgezeichnet haben. Ganz besonders danken möchte ich schließlich meinen Eltern, insbesondere meinem viel zu früh verstorbenen Vater, für all die Unterstützung und Hilfe in den Jahren meiner Ausbildung.

Köln, im September 2000

Martin Danner

Inhaltsübersicht

Einleitung	29
A. Einführung in die Problematik	29
B. Gang der Darstellung	42

Erster Teil

Zivilrecht als Recht der Risikoverteilung

A. Die zivilrechtliche Aufarbeitung der Risikoproblematik	44
B. Die rechtssoziologische und rechtspolitologische Aufarbeitung der Risikoproblematik	82
C. Rechtstheoretische Perspektive: Strukturelle Schwächen des Rechts bei der Bewältigung der Risikoproblematik?	113
D. Realfolgenorientierung als Konsequenz zivilrechtlicher Risikoorientierung .	149
E. Ansätze zur justiziellen Ausbildung von Entscheidungsprogrammen in der Praxis	160

Zweiter Teil

Justizielle Risikoverteilung als Problem der Erkenntnisgewinnung

A. Integration von Sachverstand als notwendiges Element der Risikoverteilung	188
B. Justizielle Risikoverteilung und interdisziplinäre Kooperation	238
C. Konsequenzen für die zivilprozessuale Kooperation von Sachverständigen und Richtern bei der justiziellen Risikoverteilung	260

Dritter Teil

Interdisziplinäre Risikoverteilung im Syllogismusmodell

A. Heranziehung des Syllogismusmodells	267
B. Das Erkenntnisfeld der Untersatzbildung	275

C. Das Erkenntnisfeld der Obersatzgewinnung	303
D. Auswirkungen unzureichender Obersatzbildung auf monodisziplinärer Grundlage	362

Vierter Teil

Verfahrensrechtliche Grundlagen der interdisziplinären Kooperation zum Zwecke justizieller Risikoverteilung

A. Die Ermittlung von Rechtsfortbildungstatsachen als Sonderfall der zivilprozessualen Normtatsachenermittlung	394
B. Gesetzliche Grundlagen der Risikoverteilung im Zivilprozeß	399
C. Das Verfahren der Normtatsachenermittlung zum Zwecke justizieller Risikoverteilung	430
D. Risikoverteilung und Einzelfallentscheidung im Zivilprozeß	482
E. Rechtspolitische Vorschläge zur Optimierung der justiziellen Risikoverteilung	501
Zusammenfassung der Ergebnisse	
Literaturverzeichnis	540
Sachverzeichnis	596

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	29
A. Einführung in die Problematik	29
I. Die technologische Entwicklung als Herausforderung für das Recht ..	29
II. Risikozulassung und Risikoverteilung	30
III. Risikoverteilung als Rechtsgestaltung	33
IV. Grenzen legislatorischer Risikoverteilung	34
V. Einzelfallbearbeitung durch die Gerichte	36
VI. „Krise des Sachverständigenbeweises“	38
VII. Risikoverteilung als Aufgabe der Justiz	40
VIII. Restrukturierung des Medizin- und Technikrechts	41
B. Gang der Darstellung	42

Erster Teil

Zivilrecht als Recht der Risikoverteilung

A. Die zivilrechtliche Aufarbeitung der Risikoproblematik	44
I. „Risiko“ als zentraler Begriff des Zivilrechts	44
II. „Risiko“ – ein verbreiteter und facettenreicher Begriff	44
1. Der Risikobegriff in der Alltagssprache	45
2. Risiko als Quantifizierungskriterium für Gefahren	46
3. Der Risikobegriff des Risikozulassungsrechts	46
a) Risiko als Bewertungskategorie	46
b) Hintergrund der Kategorienbildung	50
4. Risiko als entscheidungstheoretischer Begriff	52
a) Informationstheoretisches Modell	52
b) Entscheidungsbezogenes Modell	54
c) Gemeinsamkeiten beider Modelle	55
d) Die Entscheidung über die Informationsbeschaffung	57
5. Risiko als Kontingenzerscheinung	57
6. Risiko als politologischer Begriff	58
7. Risiko als sozialer und temporaler Reflektionsbegriff	59
8. Risiko als statistische Informationseinheit	61
9. Risiko in der Psychologie	62

III.	Folgerungen für das Zivilrecht als Recht der Risikoverteilung	63
1.	„Risiko“ als Arbeitsbegriff des Zivilrechts	63
2.	Aspekt der justiziellen Risikoentscheidung	64
a)	Bewältigung von Informationsdefiziten und Folgenperspektive ..	65
b)	Unterscheidung von Einzelfallentscheidungen und Entscheidungen über Entscheidungsprogramme anhand der Folgenperspektive	66
3.	„Risiko“ als Medium zur Repositionierung des Zivilrechts im Verhältnis zum Öffentlichen Recht	66
a)	Erweiterung des zivilrechtlichen Bezugsrahmens auf gesamtgesellschaftliche Ebene	67
b)	Zukunftsorientierung des Zivilrechts	70
4.	Risiko als Medium zur Wissensintegration in das Zivilrecht	71
IV.	Bereits bestehende Ansätze einer Risikoorientierung im Zivilrecht ...	71
1.	Haftungsrechtliche Risikoorientierung	72
a)	Risikoorientierung und Sozialschutz	73
b)	Risikoorientierung und abstrakt-generelle Schadensprävention ..	74
aa)	Haftung als Anreizsetzung zur Verhaltenssteuerung	75
bb)	„Wirkungsbrüche“ zivilrechtlicher Anreizsetzung	76
cc)	Präventionspotenzial und Präventionswirkungen	76
dd)	Zivilrechtliche Anreizsetzung als Risikoentscheidung	78
c)	Risikoorientierung bei konkreter Schadensprävention	78
2.	Vertragsrechtliche Risikoorientierung	79
a)	Vertragsexterne Risiken	79
b)	Vertragsinterne Risiken	80
c)	Risiko als Rahmenbedingung für die Vertragssituation	81
B.	Die rechtssoziologische und rechtspolitologische Aufarbeitung der Risikoproblematik	82
I.	Rechtssoziologische Einwände gegenüber rechtlicher Risikoregulierung	82
1.	Unterschiedliche Zeitorientierung von Recht und Risiko	83
a)	Zukunftsorientierung des Risikos	83
b)	Vergangenheitsorientierung des Rechts	84
2.	Statik und Generalität des Rechts	86
3.	Soziale Geltung rechtlicher und technischer Normen	87
II.	Die rechtspolitologische Aufarbeitung der Risikoproblematik – Risiko als Planungs- und Steuerungsproblem	88
1.	Interventionismus und Deregulierungsdebatte	88
2.	Theoretische Aufarbeitung der Problematik	91
a)	Planung als theoretische Grundlage interventionistischer Politik	91
b)	Übergang zur Steuerungsdiskussion	92
aa)	Das klassische handlungstheoretische Steuerungskonzept ..	92

bb)	Das marktliberale Steuerungskonzept	94
cc)	Luhmanns systemtheoretische Kritik am Steuerungsansatz ..	95
c)	Steuerung als Reflektionsbegriff	97
aa)	Handlungstheoretische-funktionalistische Steuerungskonzeption	97
bb)	Die differenztheoretische Steuerungskonzeption	99
cc)	Autopoietische Steuerungskonzeption	100
3.	Entscheidungstheoretische Rückbindung der Steuerungsdiskussion: Steuerung als Risikoentscheidung	102
a)	Steuerungsentscheidungen als Problem der Erkenntnisgewinnung	102
b)	Steuerungsentscheidungen als Problem der Instrumentarisierung	103
4.	Rechts als Steuerungsinstrument: Die politologische Dimension von Recht und Risiko	105
a)	Kritik rechtsförmiger Steuerung: Schwächen bei der Folgenberücksichtigung	105
b)	Kritik rechtsförmiger Steuerung: Schwächen bei der Bewältigung gesellschaftlicher Komplexität	108
c)	Kritik rechtsförmiger Steuerung und justizielle Risikoverteilung	111
C.	Rechtstheoretische Perspektive: Strukturelle Schwächen des Rechts bei der Bewältigung der Risikoproblematik?	113
I.	Das gesetzeszentrierte Rechtsverständnis	114
1.	Recht als überschaubare Ordnung	114
2.	Logik als Annex dieses Verständnisses	115
3.	Die Überwindung dieses Modells	116
4.	Schwächung des Demokratieprinzips?	117
II.	Rechtsanwendung und rechtsgestalterische Risikoverteilung	119
1.	Das syllogistische Rechtsanwendungsmodell	119
a)	Die Grundstruktur der Normanwendung	120
b)	Normanwendung und Normvollziehung	121
c)	Normanwendung durch die Ziviljustiz	121
aa)	Normkonkretisierung durch Tatbestandsdifferenzierung ..	122
bb)	Begriffliche Sachverhaltsarbeit	125
cc)	Unterschiede zwischen der normkonkretisierenden Tatbestandsdifferenzierung und der begrifflichen Sachverhaltsarbeit	126
dd)	Konsequenzen für die Anwendung unbestimmter Normen ..	128
d)	Grenzen des syllogistischen Rechtsanwendungsmodells	129
2.	Strukturmodell justizieller Entscheidungen	130
a)	Rechtsanwendung als Entscheidungstätigkeit auf dem Weg zur „Rechtserkenntnis“	130
b)	Die Struktur justizieller Entscheidungen	131

aa)	Rechtstatsachen und Realfolgentatsachen	131
bb)	Rechtstatsachen und Beweistatsachen	132
cc)	Entscheidungen über Problemlagen und Entscheidungen über Einzelfälle	133
c)	Die Funktion von Normen im justiziellen Entscheidungsprozeß	133
aa)	Justizielle Entscheidungen anhand präzise formulierter Gesetzestexte	133
bb)	Normen als Entscheidungshilfe	134
cc)	Justizielle Entscheidungen bei fehlendem oder unbe- stimmtem Normtext	135
d)	Die Funktion dogmatischer Begriffsbildung im justiziellen Ent- scheidungsprozeß	136
e)	Justizielle Entscheidung und Folgenabwägung: Justizielle Risi- koverteilung im Entscheidungsmodell	138
aa)	Realfolgenreflektion als Entscheidungsstrategie	138
bb)	Abstrakt-generelle Realfolgenreflektion und dogmatische Begriffsbildung	139
3.	Kommunikationsmodell der Rechtsgestaltung	141
a)	Anteil der Legislative an der Rechtsgestaltung	141
b)	Gesetzesanwendung als Decodierungstätigkeit?	143
aa)	Codierungsbedarf auf justizieller Ebene	143
bb)	Justizielle Rechtsgestaltung bei offener Rechtsprogram- mierung	144
cc)	Vorsprung der verwaltungsrechtlichen Lehre	145
dd)	Zweiphasige Rechtsgestaltung durch Legislative und Justiz bei offener Normprogrammierung	147
D.	Realfolgenorientierung als Konsequenz zivilrechtlicher Risikoorientierung	149
I.	Realfolgenorientiertes Entscheiden als Prozeß der Erkenntnisgewin- nung	149
1.	Wissensaktivierung durch Realfolgenreflektion	149
2.	Lernfähigkeit des Rechts durch Kontrolle ehemaliger Realfolgen- erwägungen im Entscheidungskontinuum	151
a)	Folgenperspektive und Entscheidung	151
b)	Folgenperspektive und Entscheidungskontinuum	152
II.	Rationalitätsgewinne durch realfolgenorientiertes Entscheiden	153
1.	Entzerrung der singulären Bewertungsentscheidung durch Realfol- gendiskussion	153
2.	Entzerrung der singulären Bewertungsentscheidung durch Diffe- renzierung zwischen realfolgenorientierter Regelbildung und real- folgenorientierter Einzelfallbearbeitung	154
III.	Realfolgenorientierung und Risikoorientierung als Doppelstrategie der Risikoverteilung	155
1.	Realfolgenorientierung – eine Konsequenz zivilrechtlicher Risi- koorientierung	155

2.	Realfolgenreflektion als Mittel zur Öffnung des Zivilrechts für die Risikoperspektive	156
a)	Erhöhung der Entscheidungskomplexität	156
b)	Reduktion der Entscheidungskomplexität durch Staffelung der Entscheidungsfindung	156
3.	Stärkung der rechtsgestalterischen Komponente justizieller Entscheidungen durch eine gestaffelte Entscheidungsstrategie	158
E.	Ansätze zur justiziellen Ausbildung von Entscheidungsprogrammen in der Praxis	160
I.	Fallübergreifende Aspekte von Gerichtsentscheidungen	160
1.	Leitsätze, justizielle Regelwerke und obiter dicta in der Rechtspraxis	160
2.	Fallübergreifende Orientierungswirkung von Musterprozessen	161
II.	Justizielle Risikoverteilung im Medizin- und Technikrecht	162
III.	Erste Analyse: Rechtspraktischer Bedarf an justiziellen Entscheidungsprogrammen	184
1.	Justizielle Risikoverteilung als Zentrum des zivilrechtlichen Risikomanagements	184
2.	Prozeduralisierung als Grundlage der Substantialisierung	186
3.	Zivilrechtliche Risikoverteilung als kooperatives Vorgehen staatlicher Entscheidungsinstanzen	187

Zweiter Teil

Justizielle Risikoverteilung als Problem der Erkenntnisgewinnung

A.	Integration von Sachverstand als notwendiges Element der Risikoverteilung	188
I.	Sachverstand und legislatorische Entscheidungsfindung	189
1.	Kompetenzmodell legislatorischer Rechtsgestaltung	189
a)	Zweistufige Entscheidungsfindung	189
b)	Schwächen des zweistufigen Kompetenzmodells	190
aa)	Probleme auf der ersten Stufe	190
bb)	Probleme auf der zweiten Stufe	191
2.	Technokratiedebatte	193
3.	Entscheidungsbezogenes Kooperationsmodell	194
a)	Sachverständigenaussagen im juristischen Entscheidungskontext	194
b)	Konsequenzen für die Sachverständigentätigkeit	195
4.	Erfordernis einer differenzierten Modellbildung	196
II.	Sachverstand und Risikozulassungsentscheidungen	197
1.	Risikozulassung wissenschaftlich berechneter Risiken	197
a)	Berechnung und Vergleich von Risikoniveaus	198

b)	Das klassische „risk assessment“	199
aa)	Risikobestimmung	199
bb)	Risikobewertung	201
2.	Die Akzeptanzkrise des wissenschaftlich-technischen risk assessments	204
a)	Ablehnung in der Öffentlichkeit	204
b)	Unverständnis der Experten	204
c)	Kritische Überprüfung des klassischen risk assessment	205
d)	Krise des naturwissenschaftlichen Expertentums	206
3.	Die zweite Phase der Risikoforschung	207
a)	Die soziologische Analyse der Krise	207
b)	Die psychologische Analyse der Krise	208
aa)	Expertiseproblematik	208
bb)	Psychometrisches Paradigma	208
cc)	Zeitpunkt der Bewertung	211
c)	Die ökonomische Analyse der Krise	211
4.	Die dritte Phase der Risikoforschung	211
a)	Modifikationen des wissenschaftlich-technischen risk assessments	211
b)	Abkehr vom Glauben an „objektives“ Risikowissen	212
aa)	Begriff der „Objektivität“	212
bb)	Risikobestimmung und Risikowahrnehmung als relative Begriffe	216
5.	Auswirkungen auf das Risikozulassungsrecht	217
a)	Überwindung des zweistufigen Kompetenzmodells rechtlicher Risikoentscheidungen	217
aa)	Betroffenenpartizipation als Ausweg	218
bb)	Sozialverträglichkeit	219
b)	Relativierung der Rationalitätsproblematik	220
III.	Sachverstand und zivilrechtliche Risikoverteilung	220
1.	Unzureichende Problemerkfassung nach dem herkömmlichen Rechtsanwendungsmodell	221
2.	Justizielle Risikoverteilung als gemeinsames Aufgabengebiet von Richtern und Sachverständigen	222
a)	Risikoverteilung und Realfolgenperspektive	222
aa)	Angewiesenheit auf Sachverständige bei der rechtsgestaltenden Risikoverteilung	222
bb)	Begrenzte Überprüfungsmöglichkeiten der Richter	223
cc)	Wissensdefizite Sachverständiger bei der justiziellen Risikoverteilung	224
b)	Risikoverteilung und Risikoperspektive	229
c)	Perspektive der justiziellen Entscheidung: Fehlende Erfahrung Sachverständiger mit zivilrechtlichen Entscheidungsprogrammen	230

3.	Kooperative Risikoverteilung von Richtern und Sachverständigen im Zivilprozeß	231
a)	Rückzug auf die punktuelle Einzelfallbearbeitung als Kooperationskonzept?	231
aa)	Rationalitätsgewinne mehrstufiger Realfolgenreflektion bei der justiziellen Entscheidungsfindung von Richtern und Sachverständigen	232
bb)	Rationalitätsgewinn durch Einbeziehung der Risikoperspektive	233
b)	Entscheidungsfindung und Sachverstand: Ein organisatorisches Problem?	234
c)	Kooperative Risikoverteilung durch Richter und Sachverständige als integrativer und iterativer Entscheidungsprozeß	235
aa)	Offenlegung der Entscheidungsschritte getrennter Entscheidungsansätze	236
bb)	Strukturierung des Integrationsprozesses anhand des Entscheidungsmusters der Planung	237
cc)	Prozeßhaftigkeit der justiziellen Risikoverteilung	238
B.	Justizielle Risikoverteilung und interdisziplinäre Kooperation	238
I.	Grundlagen interdisziplinärer Kooperation	239
1.	Einführung in die Problematik	239
2.	Operationalisierung des Interdisziplinaritätsgedankens	241
II.	Grundbedingungen interdisziplinärer Kommunikation	242
1.	Kommunikationsbereitschaft	243
2.	Erstellung einer gemeinsamen sprachlichen Plattform	244
a)	Das Fachsprachenproblem	244
b)	Das Problem der Argumentationsschemata	245
3.	Entwicklung eines disziplinübergreifenden Bezugsrahmens	246
a)	Thematisierung der Ausgangsdaten	246
b)	Einordnung disziplinärer Aussagen in Aussagesysteme	246
III.	Typologie wissenschaftlicher Aussagesysteme	248
1.	Klassifikation nach dem „Erkenntnisobjekt“	249
a)	Objektorientierte Unterscheidung von Aussagesystemen	249
b)	Charakterisierung von Einzelaussagen durch die objektorientierte Klassifikation	250
c)	Charakterisierung gewandelter Disziplinrelationen	251
d)	Offenlegung disziplinärer Randbedingungen	253
2.	Klassifikation nach der „Erkenntnisqualität“	253
a)	Unterschiedliche Erkenntnisbegriffe	253
b)	Das problematische Selbstverständnis der Rechtswissenschaft	255
3.	Klassifikation nach der Art des Erkenntnisinteresses	256
a)	Das Erkenntnissubjekt	256
b)	Mögliche Unterscheidungen	257
aa)	Kognitive und angewandte Wissenschaft	257

bb) Forscherkenntnisse und praktische Erfahrung	258
4. Klassifikation nach dem Erkenntnisziel	258
C. Konsequenzen für die zivilprozessuale Kooperation von Sachverständigen und Richtern bei der justiziellen Risikoverteilung	260
I. Ausbildung justizieller Entscheidungsprogramme als interdisziplinäre Aufgabenstellung	260
1. Gleichberechtigte Stellung von Richtern und Sachverständigen bei der justiziellen Risikoverteilung	260
2. Notwendigkeit eines umfassenden Gedankenaustauschs, der sich auf die gesamte gemeinsam zu treffende Entscheidung über die Risikoverteilung bezieht	261
a) Aufbau und Verwertung von Kommunikationsstrukturen	261
b) Orientierung an der Mehrdimensionalität von Realfolgenreflexionen und Risikoorientierung der interdisziplinären Kooperation	262
aa) Realfolgenreflexion	262
bb) Risikodiskurs	263
II. Abschied vom Verdikt der justiziellen Regelbildung	263
1. Überforderung der Justiz?	264
2. Verlust an Rechtssicherheit?	265
3. Legitimation der justiziellen Regelbildung	265

Dritter Teil

Interdisziplinäre Risikoverteilung im Syllogismusmodell

A. Heranziehung des Syllogismusmodells	267
I. Getrennte Betrachtung der syllogistischen Felder	268
1. Umfassende Berücksichtigung der Entscheidungsgrundlagen	268
2. Unterschiedliche Aussagetypen: Genereller Obersatz – spezieller Sachverhalt	268
3. „Außerrechtliche“ Standards im syllogistischen Niemandsland?	269
a) „Außerrechtliche Regeln sind Fakten“	270
b) „Außerrechtliche Regeln sind Normen“	272
c) „Die Standards des Rechts unterscheiden sich von außerrechtlichen Standards“	272
4. Anwendung von Erfahrungssätzen im syllogistischen Niemandsland?	273
II. Die Obersatzbildung als maßgebliches Arbeitsfeld bei der justiziellen Risikoverteilung	274
B. Das Erkenntnisfeld der Untersatzbildung	275
I. Erkenntnistheoretische Grundlagen der Sachverhaltsfeststellung	275
1. Erkenntnistheoretische Unterscheidung zwischen Beobachtungs- und Erfahrungssätzen	275

2.	Relativierung des dualen Erkenntnismodells: Erkenntnistheoretische Einwände gegenüber der strikten Unterscheidung von Beobachtungs- und Erfahrungssätzen	276
a)	Der Erfahrungsanteil von Beobachtungssätzen	276
aa)	Wissensabhängigkeit von Beobachtungen	277
bb)	Das Erfordernis sprachlicher Kommunikationserfahrungen bei der Erstellung von Wahrnehmungsberichten	278
cc)	Strukturgleichheit von Beobachtungs- und erfahrungssätzen	278
b)	Leistungsfähigkeit der Unterscheidung von Beobachtungs- und Erfahrungssätzen	279
II.	Zivilprozessuale Dimension der Sachverhaltsfeststellung	280
1.	Untersatzermittlung durch Beobachtungssätze	280
2.	Sachverhaltsfeststellung und abstrakt-generelle Wirklichkeitsbeschreibungen	281
a)	Tatsachen und Tatsachenurteile	281
b)	Sachverhaltsfeststellungen anhand von Erfahrungssätzen	282
aa)	Erfahrungssätze als Grundlage der Beweiswürdigung	283
bb)	Erfahrungssätze als Kontrollmaßstab der Sachverhaltsfeststellung	284
c)	Vorrang der Sachverhaltsfeststellung anhand von Beobachtungssätzen gegenüber der Sachverhaltsfeststellung durch Schlußfolgerungen?	286
aa)	Fehleranfälligkeit von Erfahrungssätzen durch deren Abhängigkeit von Beobachtungssätzen?	286
bb)	Konsequenz: Keine Verifizierbarkeit von empirischen Feststellungen	287
III.	Abstrakt-generelle Wirklichkeitsbeschreibungen als Anschlußstelle zur Integration von Sachverstand bei der zivilprozessualen Sachverhaltsfeststellung	288
1.	Sachverständige als Anwender von Erfahrungssätzen	288
2.	Der Erfahrungsanteil von sachkundigen Beobachtungen	290
3.	Sachverständigenaussagen als Indizien zur Sachverhaltsfeststellung	292
IV.	Normative Implikationen der Sachverständigentätigkeit im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung	293
1.	Prozeßtheoretische Einwände gegenüber der Einordnung der Erfahrungssätze als deskriptive Aussagekategorie	293
2.	Erkenntnistheoretische Perspektive	294
3.	Normative Implikationen bei der Anwendung von Erfahrungssätzen	295
a)	Grundstruktur	295
b)	Selektivität als normatives Einfallstor	296
4.	Die normativen Implikationen von Beobachtungssätzen	298

V.	Normative Implikationen der Sachverhaltsfeststellung insgesamt	299
1.	Wertungsaspekte kognitiver Sachverhaltsrekonstruktion	299
a)	Puristische Einteilungsversuche zum Wahrscheinlichkeitsgehalt von Erfahrungssätzen	299
b)	Sachverhaltsfeststellung als Wertungsakt	300
2.	Prozessuale Wertungsaspekte finaler Sachverhaltsrekonstruktion	301
a)	Sachverhaltsfeststellung als Teil der Rechtsanwendung	301
b)	Sachverhaltsfeststellung als Aliud zur justiziellen Risikoverteilung	302
C.	Das Erkenntnisfeld der Obersatzgewinnung	303
I.	Einführung	303
II.	Die tatsächliche Situation des Rechtsanwenders	304
III.	Rechtshistorische Erkenntnisgewinnung?	305
IV.	Semantisch-hermeneutische Erkenntnisgewinnung?	305
1.	Klassische Auslegungslehre	305
2.	Juristische Begründungslehre	309
3.	Auslegung als „Verstehen“	312
a)	Die Normauslegung und das Rechtsganze	312
b)	Hermeneutik	313
4.	Auslegung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	315
5.	Stellungnahme zum Verhältnis von Auslegung und interdisziplinärer Kooperation	316
V.	Wertende Rechtserkenntnis?	318
1.	Volitive Obersatzbildung	318
2.	Die Lehre von den sogenannten „Mittelgliedern“	321
a)	Tatsachenurteile und Werturteile	321
b)	Einsatz von Sachkunde zur Gewinnung von Mittelgliedern	322
c)	Prozessuale Betrachtungsweise	324
d)	Mittelbegriffe als Rechtsbegriffe	325
3.	Wertempiristische Obersatzbildung	326
a)	Wertungen des Rechtsanwenders und Wertungen in der Gesellschaft	326
b)	Schwächen des Wertempirismus	329
4.	Obersatzbildung durch „kontrollierte Rezeption“ außerrechtlicher Standards?	332
a)	Übernahme außerrechtlicher Maßstäbe durch das Recht	332
b)	Schwächen des Rezeptionsmodells	333
VI.	Obersatzbildung durch Intuition?	335
VII.	Empirische Implikationen der Obersatzbildung	337
1.	Realfolgenorientierung justizieller Risikoverteilung	337
a)	Realfolgenperspektive des Gesetzgebers	337
b)	Perspektive des Rechtsanwenders	337

2. Die ungeklärte Funktion von Erfahrungssätzen bei der Bildung des rechtlichen Obersatzes	339
3. Präzisierung des Tatsachenbegriffes	340
4. Die Lehre von den Normtatsachen	342
a) Legislative facts, Rechtsfortbildungstatsachen, Normtatsachen .	342
aa) Methodische Anerkennung von legislative facts und Rechtsfortbildungstatsachen	342
bb) Verallgemeinerung des Ansatzes: Normtatsachen	343
b) Das Verhältnis zwischen Normtatsachen, Erfahrungssätzen und rechtlichen Regeln	344
aa) Bildung rechtlicher Regeln durch Verarbeitung empirischer Daten	344
bb) Wertungskomponenten der Regelbildung	345
cc) Funktionale Unterscheidung zwischen empirischer Erkenntnisgewinnung und rechtlicher Regelbildung sowie zwischen der Anwendung von Erfahrungssätzen und der Ermittlung von Normtatsachen	346
5. Vorteile einer justiziellen Obersatzbildung anhand empirischer Erkenntnisse	348
a) Rationalitätsgewinne bei der justiziellen Risikoverteilung durch Ermittlung von Normtatsachen anhand von Realfolgen-erwägungen	348
aa) Realfolgenreflektion als Mittel zur Entschärfung der Wertungsproblematik	348
bb) Verarbeitung empirischen Wissens bei der Obersatzbildung als Instrument zum Aufbau einer reflexiven Dogmatik ...	351
cc) Unterscheidung zwischen Maßstabssetzung und Maßstabsanwendung als Instrument zur Verarbeitung von Komplexität und Ungewißheit	353
dd) Unterscheidung zwischen der Obersatzbildung durch abstrakt-generelle Realfolgenreflektion und der Feststellung der zur Realfolgenreflektion erforderlichen Komponenten	354
ee) Justizielle Risikoverteilung anhand wertempirischer Erhebungen als Alternative zur justiziellen Risikoverteilung anhand von Realfolgenreflektionen	355
b) Erhöhung des zivilrechtlichen Präventionspotentials	356
c) Syllogistische Erfassung der Rechtsfolgenanordnung.....	357
d) Konzeptionelle Erfassung technischer Regeln und medizinischer Standards	358
aa) Keine Strukturierung justizieller Einzelfallentscheidungen durch außerrechtliche Standards	358
bb) Eigenständiger Orientierungsbedarf des justiziellen Entscheiders	359
cc) Ausblick	360
e) Allgemein: Eröffnung eines interdisziplinären Arbeitsfeldes ...	361

D. Auswirkungen unzureichender Obersatzbildung auf monodisziplinärer Grundlage	362
I. Unterschiedliche Entscheidungsstrategien zur Vorbereitung der Einzelfallentscheidung	362
1. Ausgangslage: Das Schweigen der Methodenlehre und die oberflächliche rechtstheoretische Kritik an der herkömmlichen Rechtsanwendungskonzeption	362
2. Die Strategien der Praxis	363
a) Differenzierung zwischen Rechtsfortbildung und Rechtsanwendung	363
aa) Normtatsachenermittlung bei der Rechtsfortbildung	364
bb) Normtatsachenermittlung bei der Anwendung unbestimmter Normen	364
b) Konsequenz: Ausweichen auf das Beweisrecht	365
aa) Rudimentäre Normkonkretisierung	366
bb) Eintritt in die Beweisproblematik	366
cc) Fakultative Rekonstruktion der Normkonturierung ex post	367
c) Die Suche nach einem Ausweg	368
3. Normermittlung und Beweis bei bewußter Berücksichtigung von Normtatsachen	370
a) Analyse der Wertbegriffe im Obersatz	370
b) Prüfung weiterer Konkretisierungsschritte bei normativer Begriffsbildung	371
c) Regelbildung zum Zwecke der Risikoverteilung durch generelle Realfolgenabwägung	372
d) Sachverhaltsfeststellung	372
e) Zusätzliche Perspektive: Schadensverhütung	373
II. Sonderproblem: Normermittlung und Beweis im Bereich der zivilrechtlichen Kausalitätsfeststellung	374
1. Syllogistische Prägung des herkömmlichen Kausalitätsbegriffs	374
a) Kausalität als Tatbestandsmerkmal und als Tatsache	374
b) Die Verarbeitung von Sachverstand im Rahmen der sachverhaltsbezogenen Kausalitätsfeststellung	374
aa) Beschränkung der Kausalitätsbetrachtungen auf die Sachverhaltsebene	374
bb) Tauglichkeit der Konzeption bei der Bewältigung von Alltagsfällen	375
cc) Normative Implikationen der Kausalitätsfeststellung und das Ventil der „Zurechnung“	376
c) Kausalitätsfeststellung als Zurechnungsproblem	377
aa) Zurechnung und naturwissenschaftliche Kausalitätsbestimmung	377
bb) Reflexion der Zurechnungsfolgen	377
cc) Zurechnung und Adäquanzgedanke	378
dd) Zurechnung und Schutzzweck der Norm	379

2. Normtatsachen für den tatbestandlichen Kausalzusammenhang . . .	381
a) Der generelle Kausalzusammenhang als Entscheidungsproblem .	381
aa) Entscheidungsparameter der Naturwissenschaften zur Kausalitätsfeststellung	382
bb) Generelle Kausalität als Teil des rechtlichen Entscheidungsprogramms	382
b) Kausalität als Gegenstand der Risikoverteilung	383
aa) Generelle Wahrscheinlichkeitsvorstellungen als Grundlage der Risikoregulierung	383
bb) Generelle Wahrscheinlichkeitsvorstellungen als Grundlage der Risikoverteilung	384
3. Ansätze der Praxis zu einer Obersatzorientierung im Bereich der Kausalität	385
a) Heranziehung des normtatsächlichen Gehalts von verhaltenssteuernden Normen	386
b) Kontraproduktive Ausweitungen	387
4. Normtatsachenermittlung versus Beweismaßmodifikation: Abkehr vom reinen Wahrscheinlichkeitsparadigma	388
a) Feststellung konkreter Kausalität anhand unterschiedlicher Wahrscheinlichkeitsgrade	388
b) Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Kausalität – Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Wahrscheinlichkeitsüberlegungen mit unterschiedlicher Zielsetzung (Normbildung – Sachverhaltsfeststellung)	390
c) Konsequenzen für die zivilrechtliche Festlegung von Kausalitätsfeststellungskriterien	391

Vierter Teil

Verfahrensrechtliche Grundlagen der interdisziplinären Kooperation zum Zwecke justizieller Risikoverteilung

A. Die Ermittlung von Rechtsfortbildungstatsachen als Sonderfall der zivilprozessualen Normtatsachenermittlung	394
I. Das Problem der justiziellen Tatsachenermittlungsversion	394
1. Tatsachenversion der Instanzgerichte	394
2. Tatsachenermittlungsversion der Revisionsinstanz	395
II. Verfahrensrechtliche Grundlagen der Ermittlung von Rechtsfortbildungstatsachen	395
1. Ermittlungsbefugnis und richterliche Rechtsfortbildung	396
2. Verallgemeinerungsfähigkeit der Spezialdiskussion	397
B. Gesetzliche Grundlagen der Risikoverteilung im Zivilprozeß	399
I. § 293 ZPO als gesetzliche Grundlage zur Ermittlung von Normtatsachen im Zivilprozeß	399

1.	§ 293 ZPO und der Grundsatz „iura novit curia“	399
2.	Ungereimtheiten im Umgang mit § 293 ZPO	400
	a) Wortlautschwächen	400
	b) Methodische Rätsel	401
3.	Rechtshistorische Betrachtung zu § 293 S.1 ZPO	403
	a) Zweiteilung des Erkenntnisverfahrens nach der ursprünglichen CPO-Konzeption	403
	b) Die spezifische Verfahrenssituation des § 293 ZPO	404
	c) Diskussionsstand zur Ermittlung von Gewohnheitsrecht	405
	d) Weiterer Hintergrund: CPO-Entstehung und Entwicklung des materiellen Zivilrechts	406
	aa) Heterogene Struktur des Privatrechts in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts	407
	bb) Wandel der materiell-rechtlichen Rahmenbedingungen bis zum Erlaß der CPO	408
	cc) Geschichtsorientierte Obersatzbildung und justizielle Risikoverteilung	412
4.	Konsequenzen für das Verständnis von § 293 S.1 ZPO	412
5.	Konsequenzen für das Verständnis von § 293 S.2 ZPO	415
II.	Normtatsachenermittlung und § 291 ZPO	417
	1. Offenkundigkeit als Modus der zivilprozessualen Verarbeitung empirischer Daten	417
	2. Verschiedene Varianten des Umgangs mit der Offenkundigkeit im Zivilprozeß	418
	a) Behandlung der Offenkundigkeit im gemeinen Zivilprozeß ..	418
	b) Aktueller Streitstand zur Offenkundigkeit von Normtatsachen .	420
	3. Pflicht zur Informationsbeschaffung wegen der richterlichen Pflicht zur Anwendung von Erfahrungssätzen?	420
	4. § 291 ZPO als Norm, die den für alle Beteiligten erkennbar fehlenden Informationsbeschaffungsbedarf im Zivilprozeß regelt ..	422
	5. Konsequenzen für das Verhältnis von § 293 und § 291 ZPO	424
III.	Normtatsachenermittlung und § 287 ZPO	425
	1. Zivilprozessuale Entstehungsgeschichte der Schadensschätzung ..	425
	2. Konsequenzen für das Verständnis des § 287 ZPO	427
IV.	§§ 293, 291, 287 ZPO und der verfassungsrechtliche Justizgewährungsanspruch	428
	1. Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung von Normtatsachen ..	428
	2. Hinweispflicht des Gerichts auf eigene normtatsächliche Sachkunde	430
C.	Das Verfahren der Normtatsachenermittlung zum Zwecke justizieller Risikoverteilung	430
	I. Normtatsachenermittlung im Freibeweisverfahren?	431
	II. Normtatsachenermittlung durch gerichtliche Sachverständige	432
	1. Gesetzliche Grundlagen des sog. Sachverständigenbeweises	432

2. Die Ungereimtheiten der gesetzlichen Regelung	433
3. Die Entwicklung der Lehre von den Sachverständigen im Zivilprozeß	434
a) Theoretische Ansätze bis zum 19. Jahrhundert	434
b) Sachverständige sind Zeugen	435
c) Sachverständige als Richtergehilfen und Sachverständige als Beweismittel	436
aa) Die Gehilfentheorie	436
bb) Prozeßtheoretische Einordnung der Gehilfentheorie	439
cc) Relativierung der Gehilfentheorie durch erkenntnistheoretische Aspekte	439
dd) Relativierung der Gehilfentheorie durch prozessuale Aspekte	440
d) Abgrenzung zwischen wahrnehmenden Sachverständigen und Zeugen	442
aa) Unterschiedliche Zeugnisbegriffe	442
bb) Funktionale Unterscheidung von Zeugen und Sachverständigen	443
e) Auswertung des Prozeßstoffs durch Sachverständige, Erweiterung des Prozeßstoffs durch Zeugen	445
aa) Unterscheidung nach Fallgruppen	445
bb) Erweiterung des Prozeßstoffes durch Wahrnehmungsberichte, Auswertung des Prozeßstoffes durch Urteile	446
cc) Bezeugung neuer Tatsachen und Folgerungen aus alten Tatsachen	447
f) Sachverständige als Richtergehilfen bei der normativen Analyse des Tatsachenvortrages der Parteien	448
g) Sachverständige als Hilfsmittel zur Aufbereitung des Tatsachenvortrages	450
4. Fazit zum Entwicklungsstand der Lehre von den Sachverständigen im Zivilprozeß Mitte des 19. Jahrhunderts	453
a) Abgrenzung der Sachverständigen von den Zeugen	453
b) Abgrenzung der Richtergehilfen von den Beweismitteln nach der Aufgabenverteilung in streng formalisierten gemeinrechtlichen Verfahren	453
c) Sachverständigentätigkeit im Rahmen der Obersatzbildung ..	454
5. Die Entstehung der Vorschriften zu den Sachverständigen in der ZPO	455
a) Zweiteilung der Sachverständigentätigkeit im hannoverschen Prozeßgesetz und in den CPO-Entwürfen	456
aa) Die hannoversche Prozeßordnung von 1850	456
bb) Der hannoversche Entwurf von 1866	457
cc) Der norddeutsche Entwurf von 1870	458
dd) Der Justizministerial-Entwurf von 1871 und das Gesetzgebungsverfahren	458

b)	Konzeption der Sachverständigentätigkeit nach der Begründung zur CPO	459
aa)	Funktionale Unterscheidung von Sachverständigen und sachverständigen Zeugen	459
bb)	Das Prinzip richterlicher Informationsanalyse	460
c)	Einordnungsprobleme hinsichtlich der (urteilenden) Sachverständigen, die ursprünglich der richterlichen Kognition zugeordnet waren	463
aa)	Entgrenzung von richterlicher Informationsanalyse und Sachverhaltsfeststellung	464
bb)	Bedeutungsverlust der Unterscheidung zwischen den Beweiszielen und den Ausgangsdaten der Beweiserhebung	465
cc)	Kardinalfehler der ursprünglichen CPO-Konzeption: Versuch der Verfahrensbeschleunigung durch richterliche Passivität in der mündlichen Verhandlung	467
d)	§ 144 ZPO im Sog der Rechtsentwicklung	468
aa)	Fehlen einer Grundsatzdiskussion	468
bb)	Auswirkungen des Positivismus und der Diskussion um die Verhandlungsmaxime	469
6.	Stellungnahme: Die Funktionstrias der Sachverständigentätigkeit ..	471
a)	Analyse des Parteivortrages	471
b)	Normermittlung und Sachverhaltsfeststellung	473
7.	Erfordernis eines Sach- und Rechtsgesprächs	473
8.	Einzelfallentscheidung und Risikoverteilung im Zivilprozeß	475
III.	Analyse des Parteivortrages, Normtatsachenermittlung und Sachverhaltsfeststellung durch Einholung behördlicher Auskünfte gem. §§ 273 II Nr. 2, 358a ZPO	478
1.	Differenzierte Gesetzssystematik	478
2.	Einholung amtlicher Auskünfte und zivilprozessuales Informationsbeschaffungssystem	478
IV.	Analyse des Parteivortrages, Normtatsachenermittlung und Sachverhaltsfeststellung mit Hilfe von Behördengutachten	480
1.	Einordnung des sog. Behördengutachtens	480
2.	Das Behördengutachten und das zivilprozessuale Informationsbeschaffungssystem	481
V.	Analyse des Parteivortrages, Normtatsachenermittlung und Sachverhaltsfeststellung mit Hilfe von Auskünften privater Organisationen ..	482
D.	Risikoverteilung und Einzelfallentscheidung im Zivilprozeß	482
I.	Das Problem der Unaufklärbarkeit von Normtatsachen trotz optimaler Ausnutzung der Erkenntnisquellen	482
1.	Beweislast bei der Normbildung	482
2.	Entscheidungsgrundlage bei Unaufklärbarkeit von Normtatsachen ..	483

II.	Das Problem des Normermittlungsaufwandes	484
1.	Beweismaß bei der Obersatzermittlung?	484
a)	Wahrscheinlichkeit bei „einfacher“ Obersatzbildung – an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit bei richterlicher Rechtsfortbildung	485
b)	Einheitliches Beweismaß der „verantwortbaren Gewißheit“ ...	485
2.	Die Erkenntnisanforderung der „sicheren Feststellung“ bei der Ermittlung ausländischen Rechts	486
3.	Das Normermittlungsmaß	486
a)	Beweismaß und Normermittlungsmaß	486
b)	Bestimmung des Normermittlungsmaßes als justizielle Aufgabe	487
c)	Umfang der Realfolgenreflektion und Aufwand der Feststellung ihrer Komponenten	488
aa)	Normermittlungsmaß und Wertempirismus	489
d)	Ausbildung des Normermittlungsmaßes im Entscheidungskontinuum	489
e)	Zwei Orientierungshilfen zur Festlegung des Normermittlungsmaßes	491
aa)	Verhältnismäßigkeit des Normermittlungsaufwandes	491
bb)	Ermittlungsaufwand legislatorischer Normbildungen	491
f)	Normermittlungsmaß im Rahmen der interdisziplinären Risikoverteilung	492
III.	Justizielle Risikoverteilung im Gefüge der Darlegungs- und Beweislasten	492
1.	Herkömmliches Modell: Der Parteivortrag betrifft ausschließlich den syllogistischen Untersatz	493
2.	Normtatsachenkonzept: Analyse des Parteivortrages erforderlich ..	494
3.	Konsequenz: Gestufte Darlegungslast	495
IV.	Berücksichtigung des Unterschieds zwischen Risikoverteilung, Einzelfallentscheidung und Sachverhaltsfeststellung im Revisionsrecht	495
1.	Funktionale Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage	495
2.	Der Instanzenzug als gestuftes System justizieller Risikoverteilung	496
a)	Bezugsrahmen der revisionsgerichtlichen Rechtsgestaltung bzw. der revisionsgerichtlichen Rechtsgestaltungskontrolle	497
b)	Bezugsrahmen instanzgerichtlicher Rechtsgestaltung	497
c)	Drei Ebenen der justiziellen Rechtsgestaltung	498
3.	Präzisierung der Revisionszwecke	499
4.	Konsequenz: Sytematisierung der revisionsgerichtlichen Aufgaben .	499
a)	Justizielle Risikoverteilung	500
b)	Überprüfung untergerichtlicher Rechtsanwendungen	501

E. Rechtspolitische Vorschläge zur Optimierung der justiziellen Risikoverteilung	501
I. Einfache praktische Maßnahmen	501
1. Änderung des Begründungsstils in Gerichtsurteilen	501
2. Differenzierte Leitsatzformulierung	503
3. Erarbeitung von differenzierten Kooperationstechniken zur interdisziplinären Ausgestaltung des Verfahrens nach den §§ 404a, 407a ZPO	503
4. Ebenendifferenzierung bei Beweisbeschlüssen und bei Sachverständigengutachten	504
a) Justizielle Neuorientierung beim Erlaß und bei der Abfassung von Beweisbeschlüssen	504
aa) Relationstechnik und herkömmlicher Beweisbeschuß ...	504
bb) Auswirkungen des herkömmlichen Relationskonzeptes ...	506
cc) Normtatsachenermittlung zum Zwecke der Ausbildung eines präzisen Entscheidungsprogrammes und Beweiserhebung zum Zwecke der Sachverhaltsfeststellung	506
dd) Ebenendifferenzierung und Abschied von der simplen Relation	508
b) Differenzierung von Gutachtentypen	509
aa) Normative und explikative Gutachten	509
bb) Das französische Modell der Kategorisierung nach der „Schwierigkeit der Frage“	511
5. Spezialisierung der Spruchkörper	512
6. Etablierung und Ausbau interdisziplinärer Diskussionsforen	512
7. Vermehrte Nutzung moderner Datenverarbeitungssysteme zur Erfassung und interprozessualen Übermittlung von Risikoverteilungskriterien	514
a) Technische Möglichkeiten	514
b) Möglichkeiten zur Kategorisierung von normtatsächlichem Wissen	515
aa) Interprozessuale Verwertung von Sachverständigengutachten	515
bb) Kategorisierung nach dem Nutzungsspektrum des bereits verarbeiteten Risikowissens	515
c) Gutachtensammlungen	516
II. Legislatorische Maßnahmen	516
1. Rechtsentscheid	516
2. Normenkontrolle zur Überprüfung medizinischer Standards und technischer Regeln	519
3. Errichtung von Gremien zur Erarbeitung normkonkretisierender Standards?	520
4. Berücksichtigung des Normtatsachenkonzepts im Kostenrecht ...	520
a) Normermittlungskosten bei der Konkretisierung von Generalklauseln	521

b)	Normermittlungskosten bei der Rechtsfortbildung	522
c)	Normermittlungskosten bei der Ermittlung ausländischen Rechts	522
d)	Normermittlungskosten bei der Obersatzbildung	522
e)	Stellungnahme	523
III.	Sachverständigenhaftung und interdisziplinäre Rechtsgestaltung	524
1.	Persönliche Haftung gerichtlicher Sachverständiger	524
a)	Haftung wegen Verletzung eines absoluten Rechts nach § 823 BGB	524
b)	Haftung wegen Schutzgesetzverletzung nach § 823 II BGB ...	526
c)	Haftung wegen sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB ..	527
d)	Haftung Sachverständiger aus öffentlich-rechtlichem Schuld- verhältnis	525
2.	Haftung des Staates für die Mitwirkung Sachverständiger an der justiziellen Risikoverteilung	527
a)	Sachverständige als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne ...	528
b)	Mangelhafte Mitwirkung an der justiziellen Risikoverteilung als Amtspflichtverletzung	529
c)	Sachverständige und das sog. Spruchrichterprivileg nach § 839 II BGB	530
IV.	Zur Problematik der personellen Besetzung von Entscheidungsgre- mien	531
1.	Das Problem der Sachverständigenrekrutierung	531
2.	Das Problem der Beteiligung Dritter an der justiziellen Risikover- teilung	533
V.	Das Problem des Kosten- und Zeitaufwandes justizieller Risikovertei- lung	534
1.	Untragbarer Aufwand justizieller Risikoverteilung?	534
2.	Policy-mix im Zivilprozeß	535
Thesen	537
Literaturverzeichnis	540
Sachwortverzeichnis	596

Einleitung

A. Einführung in die Problematik

I. Die technologische Entwicklung als Herausforderung für das Recht

Das Verhältnis des Rechts zum technologischen Fortschritt ist zunehmend differenzierter und komplizierter geworden. Ursache hierfür ist die Ambivalenz dieses Fortschritts, der zwar einerseits für moderne Gesellschaften unverzichtbar ist und unzweifelhaft großen Nutzen bringt, der aber andererseits auch immer neue Risiken und Gefahren produziert¹. In dem Maße, in dem Innovationen neue Handlungsmöglichkeiten eröffnen, erhöht sich auch die Gefahr, daß Ungewolltes, Unintendiertes und Unerwünschtes geschieht². Die technologische Entwicklung brachte deshalb nicht nur einen enormen Wissenszuwachs, sondern auch ein stärkeres Bewußtsein vom Ungewissen, von den Lücken und Unsicherheiten der menschlichen Erkenntnis³.

Zu beobachten ist, daß gerade die Risiken der technischen und medizinischen Entwicklung in den letzten Jahren ein vorrangiges Thema der öffentlichen Diskussion geworden sind⁴. Ob es um die Risiken der Kernenergie, Gesundheitsrisiken durch Produkte und Arzneimittel oder die Risikoeerkennung durch ärztliche Diagnostik geht – überall steht das Phänomen des Risikos im Blickpunkt des Interesses. In der Gesellschaftstheorie wird das Risiko gar als prägendes Element unserer Gesellschaft beschrieben⁵.

¹ Ann, *Jahrb.jg.Zivrwiss.* 1993, S. 37 ff. (38); *Jaumann*, Die Regelung technischer Sachverhalte als Aufgabe in der Industriegesellschaft der Gegenwart, in: *Lukes/Birkhofer*, *Rechtliche Ordnung der Technik*, S. 5 ff. (6); *Köck*, *KJ* 1993, S. 125 ff. (125); ders., *AöR* 121 (1996) S. 1 ff. (2); ders./*Meier*, *JZ* 1992, S. 548 ff. (548). Vgl. aber bspw. auch bereits *Mayer-Maly*, in: *Hueck/Richardi*, *Gedächtnisschrift für Dietz*, S. 35 ff. (35 f.).

² *Meder*, *JZ* 1993 S. 539 ff. (540).

³ *Nicklisch*, Risikosteuerung durch Haftung im deutschen und europäischen Technologie- und Umweltrecht, in: *Festschrift für Trinkener*, S. 608 ff. (623).

⁴ *Jaumann*, a. a. O., S. 6; *Bechmann*, Einleitung: Risiko – ein neues Forschungsfeld?, in: ders. (Hg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. VII ff. (VII).

⁵ Aus der umfangreichen sozialwissenschaftlichen Literatur an dieser Stelle nur eine Auswahl: *Beck*, *Die Risikogesellschaft*; ders., *Gegengifte*; ders. (Hg.), *Politik in der Risikogesellschaft*; *Luhmann*, *Soziologie des Risikos*; ders., *Risiko und Gefahr*,

Auch für das Recht sind die Risiken insbesondere der medizinisch-technischen Entwicklung zur Herausforderung geworden: Risiken berühren einerseits die Interessen Einzelner an der Vermeidung von Schäden bzw. an einer etwaigen Schadenskompensation, betreffen jedoch andererseits die Interessen der Allgemeinheit am Fortschrittsnutzen, aber beispielsweise auch am Allgemeingut einer intakten Umwelt⁶. Das Recht, das die Wertvorstellungen in der Gesellschaft interessenausgleichend zu berücksichtigen hat, kann daher nicht darauf verzichten, auch extrem dynamische und komplexe Materien, wie Medizin und Technik systematisch zu durchdringen, um auf die dort auftauchenden Probleme zu reagieren⁷. Da die Realisierung medizinisch-technischer Risiken heute kaum mehr als unvermeidlicher Preis des Fortschritts, als „Tragik des Daseins“ begriffen werden kann, sind die Risiken der medizinisch-technischen Entwicklung auch ein Problem des Rechts⁸. Gerade die angemessene rechtliche Ordnung des medizinisch-technischen Handlungsfeldes gehört daher zu den wesentlichen Aufgaben des sozialen Rechtsstaats⁹. Aus diesem Grunde soll gerade die rechtliche Bewältigung medizinischer und technischer Risiken im Blickpunkt dieser Untersuchung stehen.

II. Risikozulassung und Risikoverteilung

Da im Zuge der medizinisch-technischen Entwicklung immer wieder Neuland betreten werden muß, sind unvorhersehbare Schadensfälle unvermeidlich. Häufigkeit und Konsequenzen solcher unvermeidbarer Schadensfälle können zwar aufgrund vorhandener Erfahrungswerte durch Maßnahmen der Schadensvermeidung eingeschränkt werden. Oft zeigen aber erst Innovationserfahrungen vorher nicht erkannte Risikopotentiale auf¹⁰. Die

in: ders., *Soziologische Aufklärung* Bd. 5, S. 131 ff.; *Bechmann*, *KritV* 1991, S. 212 ff.; ders. (Hg.) *Risiko und Gesellschaft*; *Evers/Novotny*, Über den Umgang mit Unsicherheit; *Halfmann/Japp* (Hg.), *Risikante Entscheidungen und Katastrophenpotentiale*; *Schüz* (Hg.), *Risiko und Wagnis*; *Bonß*, *Vom Risiko*; *Hijikata/Nas-sehi* (Hg.), *Risikante Strategien sowie bereits F.-X. Kaufmann*, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*.

⁶ *Lukes*, Die Regelung technischer Sachverhalte in der Rechtsordnung, in: ders./*Birkhofer*, *Rechtliche Ordnung der Technik*, S. 81 ff. (88); *Breuer*, *NVwZ* 1988 S. 104 ff. (104); *Damm/Hart*, *KritV* 1987 S. 183 ff. (184 ff.).

⁷ *Lukes/Birkhofer*, Vorwort, in: dies. (Hg.), *Rechtliche Ordnung der Technik*; *Nicklisch*, *Generalbericht*, in: ders. (Hg.), *Der technische Sachverständige im Prozeß*, S. 221 ff. (224); *Scholz* (Hg.), *Kongreß: Junge Juristen und Wirtschaft*.

⁸ *Köck*, *KJ* 1993 S. 125 ff. (125).

⁹ Vgl. bspw. *Laufs*, *Der Arzt im Recht – historische Perspektiven und Zukunftsfragen: eine Skizze*, in: *Festschrift für Lange*, S. 163 ff. (163); *Breuer*, a.a.O.; *Ipsen*, *VVDStRL* 48 (1990) S. 177 ff. (178).

Risiken der technologischen Entwicklung können daher zwar rechtlich verarbeitet, aber nie vollständig eliminiert werden.

Die Rechtsordnung kann dieser unentrinnbaren Risikoproblematik mit Risikozulassungs- und Risikoverteilungskonzepten begegnen¹¹.

Die rechtliche *Risikozulassung* ist im wesentlichen eine Aufgabe des Öffentlichen Rechts: Können Risiken aufgrund vorhandener Erfahrungen erkannt werden, dann ist darüber zu entscheiden, ob diese Risiken zuzulassen sind¹². Wo man sich, wie etwa im Atomrecht, nicht auf das Zustandekommen von Innovationserfahrungen durch Störfälle einlassen kann, sind Zulassungsentscheidungen noch restriktiver zu handhaben¹³.

Selbst dort, wo eine innovationsfreundliche Risikozulassung erfolgt ist, ist der Bedarf an rechtlichen Entscheidungen jedoch keineswegs erschöpft. Einerseits gilt es dann, neu erlangtes Risikowissen zu verarbeiten, um eine einmal getroffene Risikozulassungsentscheidung erforderlichenfalls abändern zu können¹⁴. Andererseits sind im Hinblick auf trotzdem eintretende Schadensfälle Kompensationsentscheidungen zu treffen¹⁵. Es ist nämlich eines, bei der Risikozulassung den Eintritt von Schäden nicht generell ausschließen zu können, aber es ist etwas anderes, den dann später tatsächlich eingetretenen Schaden mit Hinweis auf das allgemeine Lebensrisiko durch das Opfer tragen zu lassen¹⁶. Wo eine flächendeckende öffentlich-rechtliche Zulassungsregulierung nicht in Betracht kommt oder wo administrative Implementationsdefizite bestehen, kann auf Dauer keine Lösung befriedigen, die über das Schicksal einzelner mit dem Ausdruck des Bedauerns hinweggeht¹⁷.

Neben die Zulassungsregulierung tritt damit die Regulierung durch *Risikoverteilung*¹⁸. Besonders augenfällig wird dies bei der zivilrechtlichen

¹⁰ *Birkhofer/Lindackers*, Technik und Risiko, in: *Lukes/Birkhofer* (Hg.) *Rechtliche Ordnung der Technik*, S. 97 ff. (104 f.).

¹¹ Vgl. zum Folgenden *Brüggemeier*, Unternehmenshaftung für „Umweltschäden“ im deutschen Recht und nach EG-Recht, in: *Martinek/J. Schmidt/Wadle* (Hg.), *Festschrift für Günther Jahr*, S. 224 ff. (227 ff.).

¹² *Brüggemeier*, a. a. O., S. 227 f.

¹³ Vgl. hierzu *Birkhofer/Lindackers*, a. a. O., S. 106 ff. m. w. N.

¹⁴ *Köck*, KJ 1993 S. 125 ff. (141 m. w. N.).

¹⁵ *Damm/Hart*, KritV 1987 S. 183 ff. (203); *Köck*, KJ 1993 S. 125 ff. (142 f.).

¹⁶ *Köck*, *Jahrb.jg.Zivrwiss.* 1993 S. 11 ff. (14).

¹⁷ *Ann*, *Jahrb.jg.Zivrwiss.* 1993 S. 37 ff. (55); *Köck*, KJ 1993 S. 125 ff. (142 ff.); *Godt*, *Haftung für Ökologischen Schaden*, S. 30, 119.

¹⁸ *Allgemein zur Risikoverteilung Esser/E. Schmidt*, *Schuldrecht* Band I Allgemeiner Teil, Teilband 1, S. 34 ff. m. w. N.. Siehe ferner *Koller*, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, S. 2 ff., 7 ff.; *Meder*, JZ 1993 S. 539 ff. (542 ff.); *Blaschczok*, *Gefährdungshaftung und Risikozuweisung*, insbes. S. 319 ff.; *Geis*, *Zur Dogmatik von Dauerstörungen in Dienst- und Arbeitsverhältnis*