Dritter Beratungsgegenstand:

Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen

2. Referat von Professor Dr. Christoph Schönberger, Konstanz

Inhalt

	S	Seite
Einf		298
I.	Höchstrichterliche Rechtsfindung in institutioneller	
	Perspektive	300
	. Vorüberlegung: Die Fragwürdigkeit der überkommenen	
	Methodenlehre	300
	Die Funktion von Höchstgerichten	302
	a) Höchstgerichte als Gerichte	302
	b) Das Spannungsverhältnis von Streitentscheidung	
	und Normbildung	304
	c) Die unvermeidliche Nähe zur Gesetzgebung	306
	. Modelle von Höchstgerichtsbarkeit und deren	
	Konsequenzen für die Bedeutung der höchstrichterlichen	
	Entscheidung	307
	a) Zwei Modelle von Höchstgerichtsbarkeit	308
	b) Die Eigenart des deutschen Systems	
	der Höchstgerichtsbarkeit	309
	. Eigenheiten der Regelbildung durch Höchstgerichte	
	im Vergleich mit dem Gesetzgeber	311
	a) Schwächen höchstrichterlicher Regelbildung	
	gegenüber dem Gesetzgeber	311
	b) Vorteile höchstrichterlicher Regelbildung in Ergänzung	
	zum Gesetzgeber	312
	c) Die Gefahr einer Ablösung der Höchstgerichte	
	von der individuellen Streitentscheidungsfunktion	314
II.	Die Bedeutung höchstrichterlicher Entscheidungen	315
	. Die unterschiedliche Wahrnehmung von Präzedenzfällen	
		316

Höcl	nstr	ichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen	297
	2.	Rechtliche und faktische Bedeutsamkeit	
		der höchstrichterlichen Judikatur	318
		a) Rechtliche Beachtlichkeit höchstrichterlicher	
		Entscheidungen	318
		b) Faktische Leitfunktion der höchstrichterlichen	
		Judikate	319
	3.	Der Umgang mit höchstrichterlichen Judikaten zwischen	
		rechtssatzmäßiger Anwendung und verstärkter	
		Sacvhverhaltsberücksichtigung	320
		a) Der Umgang mit den Judikaten in der Praxis	320
		b) Der Umgang mit den Judikaten als Problem	
		von Wissenschaft und Ausbildung	323
III.	Ve	erfassungsrechtliche Grenzen höchstrichterlicher Rechts-	
	erz	zeugung?	325
	1.	Das Grundproblem der richterlichen Kontrolle	
		richterlicher Gesetzesbindung	325
	2.	Das Dilemma des Bundesverfassungsgerichts	325
		a) Das Fehlen eines eigenständigen verfassungs-	
		rechtlichen Maßstabs	325
		b) Die fehlende Berücksichtigung des institutionellen	
		Kontextes der Rechtserzeugung innerhalb der Fach-	
		8	327
	3.	Eine andere Operationalisierung: Rückzug aus der	
		Methodenkontrolle und Ausdifferenzierung der	
		inhaltlichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe	328
		a) "Solange II" bei der Methodenkontrolle	
		der Fachgerichtsbarkeit	328
		b) Ausdifferenzierung sonstiger verfassungsrechtlicher	
		Anforderungen	329
Sch	lus	s	329

Einführung

Das Amt des Richters ist älter als die moderne Gewaltenteilung. Es fügt sich in diese bis heute nur auf sperrige Weise ein. Rudolf Smend hat das vor fünfzig Jahren, in seinem Festvortrag zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts, eindringlich formuliert. "Justiz überhaupt", so Smend damals, "wird von der Gewaltenteilung nur vorgefunden und schlecht und recht in sie eingeordnet ...".¹ Dass das Richteramt zur Gewaltenordnung immer etwas quer liegt, beruht auf dem Paradox der richterlichen Rechtsbindung. Der Richter ist an das Recht gebunden, aber er entscheidet aufgrund seiner Unabhängigkeit selbst, wie das ihn bindende Recht zu verstehen ist. Besonders deutlich wird dieses Paradox bei den höchsten Gerichten, weil hier die Einhaltung der Rechtsbindung nicht noch einmal durch eine weitere gerichtliche Instanz überprüft werden kann. Sie sind insoweit, wie man in Österreich treffend sagt, "Grenzgerichte"².

Dieses Problem wird in Kontinentaleuropa traditionell verdrängt. Seit dem Übergang zum modernen Verfassungs- und Gesetzesstaat arbeitet man hier mit dem Gegensatzpaar von Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Rechtsetzung wird herkömmlich bei der ersten und, in begrenztem Umfang, der zweiten Gewalt verortet; die dritte soll es hingegen nur mit Rechtsanwendung zu tun haben.³ Mit besonderer Konsequenz hat bereits das Verfassungsrecht der französischen Revolution diesen Ansatz verfolgt. *Robespierre* wollte damals sogar das Wort für die richterliche Rechtsfindung, "jurisprudence", ganz aus dem Sprachgebrauch verbannen.⁴ *Robespierres* Radikalität ist in unserer

¹ R. Smend Das Bundesverfassungsgericht. Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962, in: ders. Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, 581 (582).

² Vgl. M. Jestaedt Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechung von Grenzorganen aus Sicht der Reinen Rechtslehre, in: C. Jabloner (Hrsg.) Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur. Symposion zum 60. Geburtstag von Heinz Mayer, 2007, 9 (9).

³ Im überkommenen Sinn K. A. Bettermann Die rechtsprechende Gewalt, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, 2. Aufl. 1996, § 73 Rdnr. 27f.; anders etwa B. Rüthers/C. Fischer Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rdnr. 236ff. (höchstrichterliche Grundsatzentscheidungen als Rechtsquelle).

⁴ M. Robespierre Rede in der Nationalversammlung am 18. November 1790, Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Première Série (1787–1799), Bd. XX (23. Oktober 1790 bis 26. November 1790), 1885, 516: "... Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans notre ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau; il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une légis-

überkommenen Rechtsquellenlehre in gleichsam erkalteter Form noch präsent. Dass die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer auf einer in erster Linie der Rechtsetzung gewidmeten Tagung auch den Gerichten einen Platz einräumt, ist vor diesem Hintergrund bereits eine kleine Revolution. Denn Rechtsetzung betreiben die Gerichte nach traditioneller und bis heute verbreiteter Lesart ja gerade nicht.

Ich will Ihnen im Folgenden eine Konzeption vorstellen, wie sich die Bedeutung höchstrichterlicher Judikate innerhalb des Rechtssystems genauer erfassen lässt. Im Kern plädiere ich dabei für eine institutionelle Perspektive auf die höchstrichterliche Rechtsfindung. Es geht darum, Funktion und Aufgaben der Höchstgerichte als Spitze eines arbeitsteiligen Justizgefüges zu begreifen, in dem etwa das Verhältnis zu Untergerichten ebenso eine Rolle spielt wie dasienige zum Gesetzgeber. Mein Referat entwickelt eine rechtsvergleichend informierte, modellhafte Beschreibungsform für Höchstgerichte und spielt diese am Beispiel der obersten Bundesgerichte durch. Diese entsprechen am stärksten dem klassischen Typus der Höchstgerichtsbarkeit, die einen regelmäßigen Instanzenzug abschließt. Die hier entwickelte Modellbildung könnte auch für andere Höchstgerichte und insbesondere den Europäischen Gerichtshof fruchtbar gemacht werden. Meine bewusste Konzentration auf die obersten Bundesgerichte trägt der Tatsache Rechnung, dass höchstrichterliche Rechtsfindung kein einheitliches Phänomen ist, das sich etwa für den Bundesgerichtshof genauso darstellt wie für den Supreme Court der Vereinigten Staaten oder den Europäischen Gerichtshof.⁵ Jedes Höchstgericht spricht Recht vielmehr in einem besonderen Umfeld. Ich gehe im Folgenden in drei Schritten vor. Zunächst analysiere ich die höchstrichterliche Rechtsfindung im institutionellen Gesamtgefüge der Gerichtsbarkeit (I). Im Anschluss geht es um die Frage, wie die höchstrichterlichen Judikate wirken und verarbeitet werden (II). Schließlich wende ich mich der Frage zu, ob das Verfassungsrecht spezifische Anforderungen an die höchstrichterliche Rechtsfindung stellt (III).

lation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi: alors il y a toujours identité de jurisprudence" (Hervorhebung nur hier); vgl. dazu F. Zénati La jurisprudence, 1991, 47.

⁵ Das gilt erst recht, wenn man die wachsende Zahl von Gerichten und judicial bodies im allgemeinen völkerrechtlichen Raum in die Betrachtung einbezieht. Dazu jüngst die Beiträge Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers, German Law Journal 12 (2011), 979 ff.

I. Höchstrichterliche Rechtsfindung in institutioneller Perspektive

Höchstrichterliche Rechtsfindung lässt sich besser begreifen, wenn man sich ihr in einer institutionellen Perspektive zuwendet. Dies bedeutet, dass man die Höchstgerichte als Spitze eines arbeitsteiligen Justizgefüges genauer in den Blick nimmt.

1. Vorüberlegung: Die Fragwürdigkeit der überkommenen Methodenlehre

Die Hinwendung zu einer stärker institutionell geprägten Betrachtungsweise ist umso nötiger, weil die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion seit der Zeit der Freirechtsschule zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts die Grenzen einer verlässlichen Bindung richterlichen Entscheidens an Rechtstexte herausgearbeitet hat.⁶ Die juristische Methodenlehre, die etwa mit den meist *Savigny* zugeschriebenen Canones der Gesetzesinterpretation argumentiert, stellt kein Instrumentarium zur Verfügung, das die richterliche Rechtsarbeit in berechenbarer Weise anleiten könnte. Immer noch trifft der ernüchternde Befund *Josef Essers* zu, "dass unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet". Die Bindung an Texte hat sich insgesamt als ungesichert erwiesen. Zudem ist die Anwendung von Texten auf einen Sachverhalt ohnehin immer mehr und Anderes als Textverstehen.⁸ Gerade deshalb haben auch die immer wieder unternommenen Versuche, zwischen einer bloßen Konkretisierung gegebe-

⁶ Aus der frühen Diskussion etwa O. Bülow Gesetz und Richteramt, 1885; P. Heck Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; C. Schmitt Gesetz und Urteil, 1912; H. Isay Rechtsnorm und Entscheidung, 1929; aus der Diskussion nach dem Zweiten Weltkrieg vor allen: J. Esser Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts, 1956; ders. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970; aus dem Bereich des öffentlichen Rechts etwa H. Ehmke Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 ff.; M. Kriele Theorie der Rechtsgewinnung, 1967; vgl. auch R. Christensen/H. Kudlich Theorie richterlichen Begründens, 2001.

⁷ Esser Vorverständnis und Methodenwahl (Fn. 6), 7, dort kursiv. Diese nüchterne Einschätzung bedeutet selbstverständlich kein Plädoyer dagegen, das in der überkommenen Methodenlehre liegende Potential zur Rationalisierung juristischer Argumentation voll auszuschöpfen: J. Esser Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ 1975, 555ff.; K. F. Röhl/H. C. Röhl Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, 607 ff.; W. Seiler Höchstrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht, 1999.

⁸ G. Zimmer Funktion – Kompetenz – Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, 1979, 105 ff.; J. Bung Subsumtion und Interpretation, 2004, 13 ff.

ner Normen, der Auffüllung von Gesetzeslücken und neuartiger Rechtsfortbildung grundsätzlich zu unterscheiden, nicht zu belastbaren Erkenntnissen geführt.9

Vor diesem Hintergrund kann eine grundlegende theoretische Einsicht heute leichter durchdringen: Auch gerichtliche Urteile erzeugen Recht, sie wenden dieses nicht lediglich an. 10 Die klassische Entgegensetzung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung ist falsch. Jedes Judikat fügt vielmehr dem existierenden Rechtsbestand etwas hinzu, was es vorher nicht gab. Der jeweilige Einzelfall wird mit Rechtskraftwirkung verbindlich entschieden. Zugespitzt formuliert: Jedes Gerichtsurteil setzt Recht, Richterrecht. So verstanden, ist Richterrecht nicht ein seltener, gewissermaßen pathologischer Sonderfall, sondern eine notwendige Erscheinungsform des Rechtssystems. 11 Diese Feststellung kann beunruhigen - nicht zuletzt die Richter selbst. Gerade in der Rechtspraxis ist es denn auch nicht selten, dass Richter ihre Arbeitsweise auch da als hermeneutische Textinterpretation verstehen wollen, wo dieses Textverstehen jedenfalls nur einen Teil der jeweiligen Rechtsarbeit abdecken kann. 12 Der Befund, dass richterliches Entscheiden nur sehr

⁹ Esser Rechtsprechung und Lehre als Rechtsquellen?, ZVgIRWiss 75 (1976), 67 (75). Als Position der klassischen Methodenlehre vgl. demgegenüber etwa K. Larenz/ C.-W. Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 187 ff., wo die richterliche Rechtsfortbildung als "Fortsetzung der Auslegung" begriffen wird. Aus dieser Perspektive muss stets mit der Figur einer offenen oder verdeckten Gesetzeslücke gearbeitet werden. Aufgrund der Unsicherheiten der Abgrenzung hat sich auch eine allgemein anerkannte Typologie von Rechtsfortbildung nicht herausgebildet; vgl. dazu etwa die Vorschläge bei C. Gusy Richterrecht und Grundgesetz, DÖV 1992, 461 (463 ff.). Gelegentlich schwingt im Eintreten für die traditionelle Methodenlehre bei der Gesetzesinterpretation überdies eine Art Kodifikationsnostalgie mit, welche die Bedingungen kompromisshafter demokratischer Gesetzgebung ausblendet: F. Kübler Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645 (649 ff.).

¹⁰ Dazu grundlegend A. J. Merkl Gesetzesrecht und Richterrecht (1922), in: ders. Gesammelte Schriften, Bd. I/1, 1993, 317 (325 ff.); H. Kelsen Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 242 ff.

¹¹ Merkl (Fn. 10), 319; M. Jestaedt Rechtsprechung und Rechtsetzung - eine deutsche Perspektive, in: W. Erbguth/J. Masing (Hrsg.) Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen; Europarecht und nationales Recht. Referate und Diskussionen des XIII. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 17. bis 20. September 2003, 2005, 25 ff.

¹² J. Berkemann Rechtsfortbildung - Aspekte tatsächlichen Richterverhaltens, KritV 1988, 29 (33); C. Fischer Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, 310 f., 318 ff. Das - spannungsreiche - Gegenstück zu diesem normtextbezogendeduktiven Verständnis ist das unter Praktikern gleichfalls sehr verbreitete fallbezogene Rechtsfindungsverständnis, nach dem jeder Fall seine Lösung in sich tragen soll; dazu Fischer ebd., 321 f.

begrenzt durch Rechtstexte anleitbar ist, redet indes nicht etwa einer fröhlichen postmodernen Beliebigkeit oder purem Richterdezisionismus das Wort. Er macht aber deutlich, dass diesem Entscheiden nicht selten ein hohes Maß an Offenheit innewohnt. Die Einbindung und Stabilisierung dieser Offenheit darf nicht allein von der Bindung des Richters an das Gesetz erwartet werden. Dem allgemeinen Prozessrecht ist diese Erkenntnis seit jeher nicht fremd. Es betrachtet die inhaltliche Determinationskraft des materiellen Rechts immer schon mit erfrischender Nüchternheit.¹³ Die Stabilisierung der Entscheidungsfindung wird im Verfahren gesucht. Die Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien im Prozess, die Überprüfbarkeit von Urteilen im Instanzenzug bis hin zur Revision, das auf Konsensbildung zielende Kollegialprinzip in den Obergerichten: all das sind Mechanismen, die erkennen lassen, dass das Prozessrecht bei der Herstellung von Rechtsgewissheit nicht allein auf Texthermeneutik vertraut. Umso mehr bedarf es auch für die Höchstgerichtsbarkeit eines genaueren Blicks auf ihre institutionellen Bedingungen und Umhegungen.

2. Die Funktion von Höchstgerichten

a) Höchstgerichte als Gerichte

Höchstgerichte sind zunächst einmal Gerichte¹⁴, wenn auch Gerichte besonderer Art. Die zentrale Funktion von Gerichten ist die verbindliche Lösung von Konflikten durch eine individuelle Streitentscheidung.¹⁵ Die Streitentscheidung durch unabhängige Richter stellt den Rechtsfrieden zwischen den Parteien wieder her.¹⁶ Aus dieser Streitschlichtungsfunktion gewinnt die Justiz von jeher ihre elementare Legitimität. Die Struktur der Konfliktlösung zwischen zwei Parteien durch einen unabhängigen Dritten stellt gewissermaßen den Archetyp von

¹³ Sehr treffend dazu Berkemann (Fn. 12), 30 f.

¹⁴ Allgemein zu den Aufgaben einer rechtswissenschaftlichen Rechtsprechungslehre bereits N. Achterberg Rechtsprechung als Staatsfunktion, Rechtsprechungslehre als Wissenschaftsdisziplin, in: ders. (Hrsg.) Rechtsprechungslehre. Internationales Symposium Münster 1984, 1986, 3 ff.; zu den Aufgaben einer Theorie der richterlichen Entscheidung bereits J. Harenburg/A. Podlech/B. Schlink (Hrsg.) Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung. Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation, 1980.

¹⁵ Gerade aus diesem Hintergrund erklärt sich die zunächst im französischen Recht entwickelte Idee des Rechtsverweigerungsgebots: *E. Schumann* Das Rechtsverweigerungsgebot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, ZZP 81 (1968), 79 ff.

¹⁶ Vgl. A. Voßkuhle Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, 94ff.

Gerichtsbarkeit dar, der durch Zeit und Raum hindurch in vielen Gesellschaften auf hohe Akzeptanz stößt.¹⁷ Die Höchstgerichte partizipieren an dieser elementaren Legitimität von Justiz überhaupt. Allerdings liegen die Dinge dort anders und besonders. 18 Ohne dass diese Gerichte sich von der Funktion individueller Streitentscheidung ganz lösen, tritt doch bei ihnen die Aufgabe einer Vereinheitlichung und Fortbildung des Rechts stärker hervor. Sie stehen deshalb auch in einer spezifischen Position im Justiz- und Verfassungsgefüge insgesamt.¹⁹

¹⁷ M. Shapiro Courts. A Comparative and Political Analysis, 1981, 1 ff. Von dieser elementaren Legitimität zehrt die Justiz regelmäßig auch in Bereichen, die sich - wie etwa die Strafjustiz – stärker von der archetypischen Konfliktschlichtung zwischen Privaten entfernen und in denen die Gerichtsbarkeit vor allem als Institution sozialer Kontrolle in Erscheinung tritt: Shapiro ebd., 17 ff.

¹⁸ Hier gibt es ein gewisses Aufmerksamkeitsdefizit. Allgemein thematisiert wird häufig nur die Stellung des Richters und der Gerichte generell. Die höchstrichterliche Rechtsprechung gerät meist nur stellvertretend für die gesamte Justiz in den Blick. Ihre spezifische Bedeutung innerhalb des arbeitsteiligen Gefüges der Gerichtsbarkeit bleibt hingegen häufig ausgeblendet. Darauf weisen mit Recht hin: G. Roellecke Über richterliche Gewalt und höchstrichterliche Entscheidung, in: ders. (Hrsg.) Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, 1982, 1 (23); R. Wank Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, 30 ff. Eingehend aber: J. Komárek Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts, LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011, abrufbar unter: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm; La Cour Judiciaire Suprême. Une enquête comparative, Revue internationale de droit comparé 30 (1978), 1 ff.; The role of the supreme courts at the national and international level. Reports for the Thessaloniki international colloquium (21-25 May 1997), 1998; M. Lasser Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy, 2004; N. Huls/M. Adams/J. Bornhoff (Hrsg.) The Legitimacy of Highest Court's Rulings. Judicial Deliberations and Beyond, 2009. Es fehlt überdies weitgehend an stärker empirischen Studien über die innere Arbeitsweise von Höchstgerichten; vgl. aber als anregende Einzelstudien für den französischen Staatsrat: B. Latour La fabrique du droit, 2002 = The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d'État, 2010; für den französischen Verfassungsrat: D. Schnapper Une sociologue au Conseil constitutionnel, 2010; für das Bundesverfassungsgericht: U. Kranenpohl Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, 2010.

¹⁹ Die Errichtung von Höchstgerichten war entwicklungsgeschichtlich immer besonders eng mit der jeweiligen politischen Ordnung verknüpft. Meist war sie Ausdruck eines Zentralisierungsprozesses öffentlicher Gewalt: L. Auer/W. Ogris/ E. Ortlieb (Hrsg.) Höchstgerichte in Europa. Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen, 2007; B. Diestelkamp (Hrsg.) Oberste Gerichtsbarkeit und zentrale Gewalt im Europa der Frühen Neuzeit, 1996. Die obersten Bundesgerichte sind im heutigen Deutschland die Ausläufer der Bundesstaatsgründung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die in der Justizorganisation mit der Errichtung des Bundesoberhandelsgerichts und dann des Reichsgerichts in Leipzig ihren Anfang nahm: A. Laufs Die Anfänge einheitlicher höchster Gerichtsbarkeit in Deutschland, JuS 1969, 257 ff.

b) Das Spannungsverhältnis von Streitentscheidung und Normbildung

Höchstgerichte haben in allen Rechtssystemen die Aufgabe, das Recht zu vereinheitlichen und es in gewissem Umfang fortzubilden.²⁰ Im deutschen Verfahrensrecht²¹ ist diese Vereinheitlichungs- und Fortbildungsaufgabe in einer Vielzahl von Vorschriften anerkannt.²² Durch

Gerade in den Bundesstaaten oder in der föderalen Struktur der Europäischen Union kommt dabei der Aufgabe der Einheit der Rechtsprechung besondere Bedeutung zu: *R. Hauser* Die Wahrung der Einheit der Rechtsprechung in rechtsvergleichender Sicht, FS Karl Heinz Schwab, 1990, 197ff.; *G. Biaggini* Richterrecht und Verfassung. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, 1991, 204ff.; E. McWhinney/P. Pescatore (Hrsg.) Federalism and Supreme Courts and the Integration of Legal Systems, 1973; E. Orban (Hrsg.) Fédéralisme et Cours Suprêmes, 1991.

²⁰ Vergleichender Überblick: A. Tunc Conclusions: La Cour Suprême Idéale, in: La Cour Judiciaire Suprême (Fn. 18), 433 (435 ff.); dazu auch J. G. Wetter The Styles of Appellate Judicial Opinions. A Case Study in Comparative Law, 1960, 73; M. Bobek Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe, The American Journal of Comparative Law 57 (2009), 33 (40).

²¹ Art. 95 Abs. 3 GG, § 11 Abs. 4 VwGO, § 132 Abs. 4 GVG, §§ 511 Abs. 4 Nr. 1, 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 45 Abs. 4 ArbGG, § 41 Abs. 4 SGG, § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG. Zur Frage der Bedeutsamkeit der Tatsache, dass der Fortbildungszweck im GVG erstmals im Jahr 1935 verankert wurde, siehe die unterschiedlichen Einschätzungen bei *C. Hillgruber* "Neue Methodik" – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, 745 ff., und *R. Ogorek* Gefährliche Nähe? Richterliche Rechtsfortbildung und Nationalsozialismus, FS Winfried Hassemer, 2010, 159 ff.

²² Die expliziten Vorschriften dazu beziehen sich aber in erster Linie auf das Problem der Divergenz zwischen Spruchkörpern der Höchstgerichte bzw. diesen Höchstgerichten selbst. Vereinheitlichung ist im Verfahrensrecht also kein vertikales Problem - im Verhältnis zu den Instanzgerichten -, sondern ein horizontales Problem der Koordination zwischen Spruchkörpern und Gerichten gleicher Stufe. Dieses wird durch Vorlagepflichten an einen übergeordneten Spruchkörper bewältigt. Dazu näher F. Lauterjung Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte, 1932; E.-W. Hanack Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962; K. Miebach Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, 1971; M. Schulte Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag, 1986. Die Landschaft der obersten Gerichte ist in Deutschland durch die Existenz von fünf obersten Bundesgerichten besonders zerklüftet; dazu zusammenfassend Voßkuhle in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG, 6. Aufl. 2010, Art. 95 Rn. 20 ff. In der Organisation der höchsten Gerichte wirkt hier nach, dass sich in einem erst spät national geeinten Staatswesen zentrale Institutionen gerade auch auf der Ebene der Gerichtsbarkeit nur zögerlich und uneinheitlich herausbilden konnten. Die hohe Ausdifferenzierung innerhalb der Fachgerichte und zwischen ihnen bringt einen nicht unerheblichen Koordinationsbedarf mit sich, zumal angesichts ebenfalls stark in sich abgeschlossener, fachgerichtlich ausgerichteter Richterkarrieren: E. Blankenburg Changes in Political Regimes and Continuity of the Rule of Law in Germany, in: H. Jacob u.a. (Hrsg.)

die europäische Integration hat sich diese Vereinheitlichungsaufgabe für die obersten Bundesgerichte zudem erweitert. Denn Vereinheitlichung bedeutet nun auch die Einpassung des Unionsrechts in das deutsche Recht und den korrespondierenden Vorlagedialog mit dem Europäischen Gerichtshof.

Aufgrund ihrer Vereinheitlichungsaufgabe tritt bei den obersten Bundesgerichten wie bei allen Höchstgerichten ein spezifisches Spannungsverhältnis hervor: das Spannungsverhältnis zwischen befriedender Konfliktlösung im Einzelfall und verallgemeinernder Regel, zwischen Streitentscheidung und Normbildung²³. Für die Entscheidungen der Eingangsinstanzen steht der Dialog mit den Parteien im Vordergrund. In den Urteilen der obersten Bundesgerichte tritt die Rechtfertigung gegenüber den Parteien hingegen stark zurück.²⁴ Sie kommunizieren in erster Linie mit den Instanzgerichten, mit anderen Spruchkörpern gleicher Rangstufe und mit der wissenschaftlichen Rechtsdogmatik.²⁵ Ihre

Courts, Law and Politics in Comparative Perspective, 1996, 249 (264). Die Vereinheitlichung durch Ausgleichsmechanismen innerhalb der Gerichtsbarkeit gelingt allerdings in der Praxis nur begrenzt, weil die erkennenden Senate entsprechende Vorlagen nicht selten vermeiden ("horror pleni"): W. Späth Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Seine Stellung und Aufgabe - Umgehungstendenzen in der Rechtsprechung, BB 1977, 153 ff.; C. Jungmann Ein neuer "horror pleni" in den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs?, JZ 2009, 380ff. In gewissem Umfang wird die Vereinheitlichungsaufgabe indes auch vom Bundesverfassungsgericht geleistet: Miebach ebd., 174ff.

²³ Begriffspaar nach F. Maultzsch Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht, 2010. Auch das US-amerikanische Recht, das den Zugang zum Supreme Court und den Bundesgerichten strikt an das Vorliegen eines "case or controvery" bindet, weist insoweit ein spürbares Spannungsverhältnis auf, weil die Bindungswirkung als künftiger Präzedenzfall die Fallentscheidung von vornherein bereits in den Kontext künftiger Fälle hineinstellt: M. C. Dorf Dicta and Article III, University of Pennsylvania Law Review 142 (1997), 1997 ff.

²⁴ Dies gilt zumal deshalb, weil den Parteien im Revisionsprozess wegen des Anwaltszwangs immer ein qualifizierter Rechtsanwalt zur Verfügung steht, der ihnen das Urteil bei Bedarf erläutern kann: H. Hattenhauer Die Kritik des Zivilurteils, 1970, 66. Dem Rechtsgespräch mit einer qualifizierten Anwaltschaft kommt hingegen vor den Revisionsgerichten sogar besondere Bedeutung zu; vgl. dazu den Erfahrungsbericht von B. Heusinger Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975, 153 ff.

²⁵ Vgl. W. Schlüter Das Obiter dictum, 1973, 96; Wetter (Fn. 20), 71, mit folgender zugespitzter Beschreibung der Kommunikation mit den Instanzgerichten: "Like the high French Court, its German counterpart (der Bundesgerichtshof, d. V.) also reviews the judgment of the appellate court, and its opinions therefore have the appearance of being addressed to other judges, much like notes and instructions by a teacher or a superior are formally communicated to students and subordinates"; Urteilsgründe wenden sich in der Tendenz der verallgemeinernden Regelbildung für künftige Fälle zu. Sie sind in besonderer Weise janusköpfig, weil sie zugleich rechtfertigend auf die getroffene Entscheidung zurückblicken und bereits ähnliche Konstellationen in der Zukunft mitbedenken müssen. Ein anschauliches Beispiel für das Zwischenreich, in dem sich die Obergerichte bewegen, ist die sogenannte "Düsseldorfer Tabelle". Dort werden die gesetzlichen Unterhaltsbestimmungen des Familienrechts jährlich auf Heller und Pfennig genau konkretisiert. Mit derartigen "gegriffenen Größen" verwandeln die Obergerichte die Worte des Gesetzes in Zahlen. Nun ist das sicherlich eine besondere Konstellation. Aber in ihr verdichtet sich doch die für Höchstgerichte charakteristische Problematik: Das Gestaltungselement richterlichen Entscheidens trifft zusammen mit der Aufgabe von Vereinheitlichung und Generalisierung.

c) Die unvermeidliche Nähe zur Gesetzgebung

Die Höchstgerichte geraten damit unvermeidlich in eine gewisse Nähe zur Gesetzgebung. Dieses Dilemma hat schon die französische Revolution beschäftigt.²⁷ Fragen der Gesetzesinterpretation wollten die

C. Perelmann La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse, in: ders./Paul Foriers (Hrsg.) La motivation des décisions de justice, 1978, 415 (422).

²⁶ Die Düsseldorfer Tabelle zum Unterhaltsbedarf wird vom Oberlandesgericht Düsseldorf unabhängig von konkreten Verfahren aufgestellt und auch von anderen Oberlandesgerichten angewendet. Der Bundesgerichtshof sieht in den Beträgen der Tabelle "auf allgemeiner Erfahrung beruhende Richtsätze, die dem Rechtsanwender die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs des "angemessenen Unterhalts' erleichtern sollen": BGH FamRZ 2000, 1492 (1493); näher *H. Schürmann* Unterhaltsrechtliche Leitlinien, FamRZ 2005, 490ff.; vgl. auch *M.-L. Hilger* Überlegungen zum Richterrecht, FS Karl Larenz, 1973, 109 (120ff.). Zu derartigen "gegriffenen Größen" allgemein: *M. Reinhardt* Konsistente Jurisdiktion. Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, 1997, 439, 516. Zum darin liegenden Gestaltungselement, das an die Grenzwertfestsetzung in umweltrechtlichen Verwaltungsvorschriften erinnert: *R. Poscher* Geteilte Missverständnisse. Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, FS Rainer Wahl, 2011, 527 (544f.).

²⁷ Man gründete damals den Pariser Kassationshof, die französische Entsprechung zum Bundesgerichtshof, der anfangs als Organ beim Parlament organisiert wurde und zunächst nicht über die Kompetenz der Gesetzesauslegung verfügte. Die zentrale Aufgabe der Cour de Cassation lag und liegt bis heute in der Kontrolle der korrekten Gesetzesauslegung durch die Instanzgerichte. Zusammenfassend zur Entwicklung: *E. Schwinge* Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960, 43 ff.; *Zénati* (Fn. 4), 52 ff. Dieses französische Urbild des verfassungsstaatlichen Höchstgerichts hat auf ganz Kontinentaleuropa und insbesondere auch auf Deutschland ausgestrahlt. Zusammen-

Revolutionäre deshalb ursprünglich dem höchsten Gericht ganz vorenthalten und durch Anfrage beim Parlament (référé législatif) klären lassen.²⁸ Dieses Vorlageverfahren erwies sich freilich rasch als unpraktikabel, und es entstand dann doch, was Robespierre einst hatte unterbinden wollen: jurisprudence, Rechtsprechung.²⁹ Die besondere Nähe der Höchstgerichte zur Aufgabe der Legislative relativiert übliche Entgegensetzungen zwischen Gesetzgeber und Gerichtsbarkeit im Gewaltenteilungsschema. In einer idealtypischen Gegenüberstellung handelt der Gesetzgeber verallgemeinernd, zukunftsbezogen und offen, die Justiz hingegen individualisierend, vergangenheitsbezogen und rechtlich determiniert.³⁰ Eine derartige typisierende Kontrastierung kann die Eigenart der Höchstgerichte aber nicht erfassen³¹ und bleibt zu sehr der überkommenen Entgegensetzung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung verhaftet. Denn in höchstgerichtlichen Judikaten tritt nicht selten gerade die Dimension verallgemeinernder, zukunftsbezogener Rechtsgestaltung in den Vordergrund.32

3. Modelle von Höchstgerichtsbarkeit und deren Konsequenzen für die Bedeutung der höchstrichterlichen Entscheidung

Der Spagat der Höchstgerichte zwischen Streitentscheidung und Normbildung kann indes unter sehr unterschiedlichen institutionellen Be-

fassend dazu R. Fischer Höchstrichterliche Rechtsprechung heute - am Beispiel des Bundesgerichtshofs -, in: Roellecke (Hrsg.) Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung (Fn. 18), 368 (373 ff.); umfassende europäisch-vergleichende Einordnung mit Analyse der umformenden Rezeption des französischen Modells in Deutschland und Italien bei P. Calamandrei La Cassazione Civile, Bd. 1: Storia e Legislazioni (1920), in: ders. Opere Giuridiche, hrsg. v. M. Cappelletti, Bd. 6, 1976.

²⁸ M. Miersch Das sogenannte référé législatif. Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert, 2000, 27 ff.; Y.-L. Hufteau Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi, 1965. Hierbei knüpfte man an absolutistische Vorbilder an: Miersch ebd., 25 ff., 40 ff.; L. Spiegel Das référé législatif oder die Anfrage bei Hof, in: ders. Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie, 1913, 100ff.; H. Müller Zur Geschichte der bindenden Gesetzesauslegung, 1939, 35 ff.

²⁹ Näher Zénati (Fn. 4), 180 ff.

³⁰ C. Möllers Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005, 94ff.

³¹ Für die Verfassungsgerichtsbarkeit ist das ohnehin offenkundig, insoweit sie durch die Normenkontrolle von vornherein eine materiell legislative Funktion ausübt: Möllers (Fn. 30), 136ff. Auch die anderen Höchstgerichte entsprechen dieser Typisierung aber nicht.

³² P. Lames Rechtsfortbildung als Prozesszweck, 1992; C. W. Hergenröder Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995.

dingungen stattfinden. Welche das für die obersten Bundesgerichte sind, wird deutlicher, wenn man diese rechtsvergleichend genauer einordnet.

a) Zwei Modelle von Höchstgerichtsbarkeit

Tritt man einen Schritt zurück, dann lassen sich idealtypisch-vereinfachend zwei Modelle von Höchstgerichtsbarkeit ausmachen. Das eine ist das Supreme-Court-Modell der Common-Law-Tradition, das andere das hierarchisch-bürokratische Höchstgericht Kontinentaleuropas. Die Unterschiede zwischen beiden Modellen sind beträchtlich³³: Das Höchstgericht des Common Law ist ein einheitlicher, kompakter und kleiner Spruchkörper: etwa die neun Richter des Supreme Court in Washington.³⁴ Hingegen gibt es in Kontinentaleuropa mehrere Höchstgerichte nebeneinander, vor allem durch die Spaltung von ordentlicher

³³ Dazu M. Cappelletti Stare Decisis and Civil Law, FS Konrad Zweigert, 1981, 381 (383 ff.); ders. Giudici Legislatori?, 1984, 104 ff.; Bobek (Fn. 20); eingehende Gegenüberstellung bei Tunc Synthèse, in: La Cour Judiciaire Suprême (Fn. 20), 5 (8 ff.); vgl. auch S. M. F. Geeroms Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal should not be translated ..., The American Journal of Comparative Law 50 (2002), 201 (202 ff.); M. Meyer-Mickeleit Revision, Kassation und Final Appeal. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Verfahren vor den obersten Gerichtshöfen in Zivilsachen in Deutschland, Frankreich und England, 1996; R. Bernhardt Die Stellung oberster Gerichte im Staat. Ein rechtsvergleichender Überblick, ZaöRV 26 (1966), 269 (272 ff.). Die durchaus nicht unbeträchtlichen Unterschiede zwischen den Höchstgerichten innerhalb der Tradition der Common Law – etwa zwischen den USA, Großbritannien und Kanda – können hier nicht näher untersucht werden

³⁴ Vor diesem Hintergrund können in Kontinentaleuropa weder die einzelnen Höchstgerichte selbst noch ihre Entscheidungen dieselbe Autorität haben wie die Urteile eines einheitlichen Höchstgerichts mit wenigen Richtern an der Spitze des gesamten Justizsystems. Die Aura des Supreme Court muss dem Bundesgerichtshof oder der Pariser Cour de Cassation fehlen. Hieraus erklärt sich auch, dass sich die Funktion einer Verfassungsgerichtsbarkeit im Supreme-Court-Modell an das - besonders sichtbare und herausragende - einheitliche Höchstgericht anlagern konnte, während sie in Kontinentaleuropa ebenso selbstverständlich typischerweise als eigenständige Sondergerichtsbarkeit neben die überkommenen Höchstgerichte getreten ist: Cappelletti Stare Decisis (Fn. 33), 383 f.; M. Cappelletti/T. Ritterspach Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung, JöR 1971, 65 (89 ff.). In der deutschen Rechtsentwicklung wäre zu Zeiten des Reichsgerichts vielleicht auch ein anderer Entwicklungspfad vorstellbar gewesen. So konnte Reichsgerichtspräsident Simons noch in der Weimarer Zeit anstreben, aus dem Reichsgericht eine Art deutschen Supreme Court zu machen - mit wichtigen Aufgaben auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, eingegliederten oder doch angelagerten höchsten Fachgerichtsbarkeiten und einer möglichen integrierten Funktion der Verfassungskontrolle: W. Simons Das Reichsgericht, in: J. Magnus (Hrsg.) Die Höchsten Gerichte der Welt, 1929, 3 (25 ff.).

Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die kontinentaleuropäischen Höchstgerichte sind überdies nach innen noch einmal in viele spezielle Spruchkörper aufgeteilt. Sie sind regelmäßig auf die Prüfung von Rechtsfragen beschränkt und müssen über eine große Zahl von Fällen urteilen. Common-Law-Höchstgerichte können dagegen frei über die Annahme von Klagen entscheiden und bearbeiten nur eine geringe Zahl von Fällen. Schließlich zeigt sich ein markanter Unterschied auch im Personal der Richter. Die Höchstgerichte in Kontinentaleuropa bestehen regelmäßig aus auf Lebenszeit tätigen Berufsrichtern im Rahmen eines Justizsystems, das in Parallele zur Verwaltung eine Art Karrierebürokratie darstellt.35 In den Common-Law-Ländern waren die Richter hingegen meist zuvor für längere Zeit in anderen Berufen (Anwaltschaft, Verwaltung) tätig.³⁶ Zusammenfassend lässt sich sagen: Das Supreme-Court-Modell ist Ausdruck eines vergleichsweise gering hierarchisierten Justizsystems. Das kompakte Höchstgericht überwacht die Instanzgerichte nicht sehr stark durch Rechtsmittelentscheidungen. Hier übernimmt die Bindung an Präzedenzfälle die Aufgabe einer gewissen Vereinheitlichung. Im Kontrast dazu stehen die Höchstgerichte Kontinentaleuropas an der Spitze eines stärker hierarchisierten und fachlich spezialisierten Justizsystems.

Die Eigenart des deutschen Systems der Höchstgerichtsbarkeit

Das deutsche System der Höchstgerichtsbarkeit und des Revisionsrechts teilt viele Züge des kontinentaleuropäisch-bürokratischen Modells. Es weist aber innerhalb dieses Modells Besonderheiten auf. Anders als in den romanischen Ländern beruht es nicht auf einem praktisch unbegrenzten Zugang zu den Höchstgerichten, der etwa in Frank-

³⁵ Junge Richter bewähren sich nach einer juristischen Ausbildung in den unteren Instanzen, um dann unter Berücksichtigung ihrer Leistungen und ihres Dienstalters zu wichtigeren Ämtern an höheren Gerichten aufzusteigen. Vergleichend dazu für Frankreich, Italien und Deutschland K. Zweigert/H. Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, 123; Cappelletti Stare Decisis (Fn. 33), 387 f.

³⁶ Grundlegende vergleichende Analyse allgemein bei M. R. Damaška The Faces of Justice and State Authority, 1986, hier besonders 36f.; vgl. auch J. H. Merryman How Others Do It: The French and German Judiciaries, Southern California Law Review 61 (1988), 1864 (1865). Dieser Unterschied dürfte im Übrigen auch dafür verantwortlich sein, dass sich ein echtes Präzedenzrecht in Kontinentaleuropa nicht entwickelt hat. Die Bindung an frühere Entscheidungen hätte hier aufgrund der fehlenden Orientierung an Sachverhalten rasch zu Erstickungserscheinungen geführt: Damaška ebd., 37. Die angloamerikanische Justiz mit ihren geringen Hierarchisierungen braucht zur Stabilisierung das Präzedenzsystem, während eine hierarchische Karrierejustiz besser ohne ein solches funktioniert.

reich oder Italien zu einer großen Zahl äußerst kurz gehaltener und häufig disparater Einzelentscheidungen führt. Das System der Revision beruht vielmehr in der Tendenz auf dem Leitgedanken, dem Höchstgericht zwar keine freie Auswahl seiner Fälle zu gestatten, den Zugang dorthin aber doch in erster Linie nur für Fälle von grundsätzlicher Bedeutung zu eröffnen.³⁷ Auf einer Skala zwischen beiden Modellen ist das deutsche Recht insoweit eher in der Mitte einzuordnen.

Das wirkt sich auf die Bedeutung der höchstrichterlichen Judikatur grundlegend aus. Im Common-Law-Modell – vor allem in dessen US-amerikanischer Ausprägung – ist das höchstrichterliche Urteil von vornherein ein zukunftsgerichtetes Grundsatzurteil. Der Fall wird nicht um der Parteien willen entschieden, sondern gezielt wegen der Bedeutung der Entscheidung für künftige Fälle ausgewählt. Richterrecht im Sinne einer bewusst zukunftsorientierten Fortbildung des Rechts liegt hier in der Natur der Sache. Die massenhaften höchstgerichtlichen Urteile in den romanischen Ländern sind hingegen nicht selten Einzelentscheidungen, die schon wegen ihrer Knappheit und Aussagearmut kaum über den entschiedenen Fall hinausweisen. Hier fällt es den Höchstgerichten traditionell schwer, eine generalisierende Leitfunktion zu übernehmen; stattdessen disziplinieren sie die Untergerichte schlicht durch die Entscheidung über eine riesige Masse von Einzelfällen. 38 Die Judikatur der deutschen obersten Bundesgerichte ist dazwischen ange-

³⁷ Allgemein dazu Schwinge (Fn. 27), 49 f.

³⁸ Es ist im Übrigen gerade auch die Kürze der Entscheidungen, die das Entstehen eines ausgreifend-konzeptionellen Richterrechts stark behindert; dazu sehr treffend Komárek (Fn. 18), 25 f. Reformvorschläge zielen denn etwa auch in Frankreich vor allem für die Cour de Cassation stets darauf ab, den Zugang einzuschränken, um ihr die Konzentration auf eine Grundsatzjudikatur zu erlauben: Tunc (Fn. 20), 439 ff.; vgl. schon A. Touffait/A. Tunc Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation, Revue Trimestrielle de Droit Civil 72 (1974), 487 (501 ff.); in diese Richtung auch für den Conseil d'État: M.-C. Ponthoreau Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif francais, Revue de droit public et de science politique 1994, 747 ff. Bei allen Schwierigkeiten der Statistik macht das auch ein Blick auf Zahlen deutlich. Die Pariser Cour de Cassation entscheidet mit ca. 100 Richtern ca. 30000 Fälle im Jahr, die italienische Corte di Cassazione mit ca. 350 Richtern ca. 40000 Fälle jährlich. Zum Vergleich: Der Bundesgerichtshof bearbeitet mit ca. 125 Richtern etwa 3300 Fälle im Jahr, das Bundesverwaltungsgericht mit mehr als 40 Richtern weniger als 2000 Fälle im Jahr. Zum Kontrast Komárek (Fn. 18), 25f.; vgl. auch Cappelletti Giudici Legislatori? (Fn. 33), 105f.; Geeroms (Fn. 33), 208, 217f. Zur Bedeutung der Verfahrenskennzahlen für die Wahrnehmung der Rolle des jeweiligen Gerichts allgemein Jestaedt Der "Europäische Verfassungsgerichtsverbund" in (Verfahrenskenn-) Zahlen. Die Arbeitslast von BVerfG, EuGH und EGMR im Vergleich, JZ 2011, 872 ff.

siedelt. Das Interesse der Parteien an der Einzelentscheidung wird hier nicht hintan gestellt, tritt aber doch in der Tendenz hinter die grundsätzliche Bedeutung des Falles zurück.³⁹ Das schlägt sich auch im Umfang der Entscheidungen nieder, die in Frankreich von legendärer Kürze und im Common-Law-Raum von legendärer Länge sind. Die deutschen höchstgerichtlichen Judikate liegen wiederum dazwischen.⁴⁰

- 4. Eigenheiten der Regelbildung durch Höchstgerichte im Vergleich mit dem Gesetzgeber
- a) Schwächen höchstrichterlicher Regelbildung gegenüber dem Gesetzgeber

Können die obersten Bundesgerichte der Aufgabe einer generalisierenden Regelbildung, die ihnen das deutsche System der Revision nahelegt, aber institutionell überhaupt gerecht werden? Hier drängen sich Zweifel auf. Für eine quasilegislative Tätigkeit sind die Höchstgerichte im Vergleich mit dem Gesetzgeber generell eher schlecht gerüstet. Es fehlt ihnen insoweit nicht nur die spezifische demokratische Legitimation, über die der Gesetzgeber verfügt.⁴¹ Sie können auch Informationen nicht so umfassend beschaffen und aufbereiten, wie das einem Parlament durch die unterschiedlichen Erfahrungshintergründe seiner Mitglieder, die Vorarbeit der Ministerialbürokratie und vielfältige Beratungsmechanismen möglich ist. Im Gegenteil sind ihre Informationsmöglichkeiten durch das Prozessrecht in spezifischer Weise auf den je-

³⁹ Prägnanter Vergleich bei Geeroms (Fn. 33), 214ff.

⁴⁰ Vergleichende Analysen: H. Kötz Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, 1973; J. Lashöfer Zum Stilwandel in richterlichen Entscheidungen, 1992; Wetter (Fn. 20); F. Schmidt The Ratio Decidendi. A Comparative Study of a French, a German and an American Supreme Court Decision, 1965; vgl. auch: J. L. Goutal Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A., The American Journal of Comparative Law 24 (1976), 43 ff.; M. Wells French and American Judicial Opinions, Yale Journal of International Law 19 (1994), 81 ff. Hinsichtlich der Länge der Entscheidungen besteht auch innerhalb Deutschlands wiederum ein markanter Unterschied zwischen den obersten Bundesgerichten und dem Bundesverfassungsgericht. Kommen etwa Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht im Schnitt mit knapp zehn Druckseiten pro Judikat aus, hat eine Senatsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Durchschnitt 29 Druckseiten: Jestaedt Autorität und Zitat, FS Herbert Bethge, 2009, 513 (518 mit Fn. 16).

⁴¹ Zur Problematik der demokratischen Legitimation der Gerichtsbarkeit A. Voßkuhle/G. Sydow Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673; A. Tschentscher Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006; Cappelletti Giudici Legislatori? (Fn. 33), 82ff.

weiligen Einzelfall hin kanalisiert und begrenzt.⁴² Die justiztypische Gefahr, dass außergewöhnliche Einzelfälle die Wahrnehmung verzerren können⁴³, kommt noch hinzu.

b) Vorteile höchstrichterlicher Regelbildung in Ergänzung zum Gesetzgeber

Diesen justiztypischen Problemen stehen aber durchaus Strukturvorteile der Höchstgerichte gegenüber, welche diese ausgleichen können. Die Problemsicht des Richters mag enger sein als die des Gesetzgebers, aber sie ist doch durch die Konfrontation mit den konkreten Fallgestaltungen zugleich tiefer.⁴⁴ Das zeigt sich auch daran, dass die Gesetzgebungspraxis bei neuartigen Gesetzen nicht selten auf das Erfahrungswissen der Gerichte zurückgreift, wenn deren Novellierung ansteht.⁴⁵ Durch den Instanzenzug im Gefüge der Rechtsprechung⁴⁶ erreicht das

⁴² J. Ipsen Richterrecht und Verfassung, 1975, 146 ff.; Wank (Fn. 18), 154 ff.; E. Picker Richterrecht und Richterrechtsetzung, JZ 1984, 153 (156 f., 160); Lames (Fn. 32), 52 ff.; D. L. Horowitz The Courts and Social Policy, 1977, 33 ff., 255 ff.; Cappelletti Giudici Legislatori? (Fn. 33), 76 ff.; J. R. Rachlinsky Bottom-Up versus Top-Down Lawmaking, The University of Chicago Law Review 73 (2006), 933 ff. Hier liegt einer der bedeutsamen Unterschiede zwischen den obersten Bundesgerichten und dem Bundesverfassungsgericht, dem nach §§ 26 ff. BVerfGG umfangreiche Möglichkeiten zur Erschließung von "legislative facts" eröffnet sind: Ipsen ebd., 150; vgl. auch K. J. Philippi Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, 9 f.; allgemein W. Kluth Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, 3513 ff.

⁴³ Zu dieser Gefahr *F. Schauer* Do Cases Make Bad Law?, The University of Chicago Law Review 73 (2006), 883 (899 ff.); *Rachlinsky* (Fn. 42), 937 ff.; vgl. auch *T. Eckhoff* Zur Rechtschöpfungsfunktion der Gerichte, in: Harenburg u.a. (Hrsg.) Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung (Fn. 14), 391 (394).

⁴⁴ Biaggini (Fn. 19), 394.

⁴⁵ Biaggini (Fn. 19), 402.

⁴⁶ Treffend dazu schon *P. Möhring* Vorschläge zur Reform des Revisionsrechts: Eine Stellungnahme zu dem Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, NJW 1962, 1 (3). Wie problematisch es ist, wenn dieser Klärungsprozess durch den Instanzenzug fehlt, zeigt sich besonders deutlich im Vorabentscheidungsverfahren durch den Europäischen Gerichtshof, in dem dieser nicht selten gezwungen ist, abstrakte Rechtsfragen zu beantworten, die ihm Instanzgerichte ohne einen vorherigen schrittweisen Klärungsprozess des Tatsachenmaterials vorlegen: *Komárek* (Fn. 18), 37. Das Verfahren hat allerdings im Unterschied zu förmlichen Berufungs- oder Revisionsverfahren den Vorzug, ein sehr viel weniger konfrontatives Verhältnis von Höchstgericht und Instanzgerichten zu ermöglichen; vgl. dazu im Kontrast zu den USA *J. C. Cohen* The European Preliminary Reference and U.S. Supreme Court Review of State Court Judgments: A Study in Comparative Judicial Federalism, The American Journal of Comparative Law 44 (1996), 421 ff.

Höchstgericht eine gewisse Breite von "lebendigem Anschauungsmaterial"47. Gerade in den Fachsenaten der obersten Bundesgerichte können sich die Richter ein hohes Maß an spezieller Sachkunde erwerben und die Erkenntnisse aus diesem Material über die Zeit hinweg bündeln.48 Hier wird deutlich, in welcher Form höchstrichterliche Normbildung möglich und sinnvoll ist, nämlich als das Ergebnis eines tastenden Klärungsprozesses an einer Reihe unterschiedlicher Fälle.⁴⁹ Aus einem derartigen "fallbezogenen Entdeckungsverfahren"50, das sich im Rahmen eines arbeitsteiligen Justizgefüges schrittweise vollzieht, gewinnt die richterliche Regelbildung ihre spezifische Überzeugungskraft. Sie kann den Gesetzgeber – der meist nur in größeren Zeitintervallen tätig werden kann – dann sinnvoll ergänzen, zumal sie leichter als dieser zu schrittweisen Anpassungen in der Lage ist. 51 Diese Regelbildung bleibt überdies unter der Kontrolle des Gesetzgebers, der entsprechendes Richterrecht durch Korrekturgesetze ändern kann und dies auch immer wieder tut. Die nicht seltenen Fälle, in denen der Gesetzgeber beispielsweise die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs im Steuerrecht korrigiert,52 sind ein Beispiel dafür.

⁴⁷ Eckhoff (Fn. 43), 394.

⁴⁸ Dazu R. Fischer Das Entscheidungsmaterial in seiner Bedeutung für die höchstrichterliche Rechtsprechung, in: R. Fischer/A. M. Adams/W. Sperl/W. R. Cornish (Hrsg.) Das Entscheidungsmaterial der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Welche sozialen Konflikte kommen vor die staatliche Gerichtsbarkeit, insbesondere die obersten Gerichte?, 1975, 11 (13); Schlüter (Fn. 25), 32; Wank (Fn. 18), 159; H. Kötz Buchbesprechung zu: W. Schlüter, Das Obiter dictum, 1973, AcP 175 (1975), 361 (364); U. Köbl Obiter Dicta - Ansätze einer Rechtfertigung, JZ 1976, 752 (753). Die Richter dieser Fachsenate sind zudem häufig in ein fachliches Kommunikationsnetzwerk zwischen Höchstgerichtsbarkeit, Wissenschaft und interessierten Verkehrskreisen eingebunden, dessen Informationsquellen informell in die Entscheidungsfindung einfließen. Zu diesen kommunikativen Einbindungen und ihrer prozessualen Problematik: H. Hirte Der amicus-curiae-brief - das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen, ZZP 104 (1991), 11 (54ff.); Maultzsch (Fn. 23), 398f.

⁴⁹ So eindringlich schon J. Esser Not und Gefahren des Revisionsrechts. Zur Problematik der "Grundsatzrevision" in Zivilsachen, JZ 1962, 513 (515); vgl. auch Eckhoff (Fn. 43), 394; näher Rachlinsky (Fn. 42), 951 ff.

⁵⁰ Maultzsch (Fn. 23), 252 ff.

⁵¹ Dazu Rachlinsky (Fn. 42), 951 ff.; Biaggini (Fn. 19), 402; Lames (Fn. 32), 69.

⁵² Dazu H. Fleischer/F. Wedemann Kodifikation und Derogation von Richterrecht. Zum Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung im Gesellschaftsrecht, AcP 209 (2009), 597 (618ff.). Dabei ist freilich nicht zu übersehen, dass die Derogation von Richterrecht gesetzgebungstechnisch nicht selten erhebliche Probleme bereitet; vgl. dazu ebd., 618.

Die Gefahr einer Ablösung der Höchstgerichte von der individuellen Streitentscheidungsfunktion

Bei einer derartigen tastenden Normbildung durch die obersten Bundesgerichte zeigt sich freilich ein Dilemma, das durch die jüngeren Reformen des Prozessrechts verschärft worden ist. Es hängt mit einem Grundproblem zusammen, das die Höchstgerichte Kontinentaleuropas seit jeher plagt: die Gefahr der Überlastung.⁵³ Der Zugang zu den höchsten Bundesgerichten ist immer stärker eingeengt worden, um dieser Überlastung Herr zu werden und ihnen eine überzeugende Grundsatzjudikatur zu ermöglichen. Besonders anschaulich zeigt sich das im Zivilprozessrecht, wo die traditionelle Streitwertrevision aufgegeben worden ist.⁵⁴ Je stärker der Zugang zu den obersten Bundesgerichten auf Sachverhalte beschränkt wird, denen bereits bei der Zulassung der Revision eine grundsätzliche Bedeutung bescheinigt werden muss, desto mehr wird die Höchstgerichtsbarkeit zu streitferner abstrakter Normbildung gedrängt.

Das kann mittelfristig einer problematischen Auffassung von Rechtsfortbildung durch die Höchstgerichte Vorschub leisten, die darin eine völlig eigengeartete Aufgabe neben der "normalen" Judikatur sieht.⁵⁵ In der Konsequenz dieser Konzeption könnte es liegen, die obersten Bundesgerichte mit gesetzgebungsähnlichen Informationsmitteln (amicus-curiae-briefs, Hearings, sozialwissenschaftliche Gutachterdienste) auszustatten⁵⁶, um ihnen die Ermittlung der entsprechenden Normbildungstatsachen zu ermöglichen. Eine derartige Entwicklung wäre aber nicht wünschenswert. Sie brächte die obersten Bundesgerichte in einen

⁵³ Anschaulich zu diesem Grundproblem Tunc (Fn. 20), 439 ff.

⁵⁴ Dazu eingehend *Maultzsch* (Fn. 23), 334ff. Im Verwaltungsprozessrecht ist die Entwicklung etwas anders verlaufen, weil hier mit der Einführung der Zulassungsberufung bereits der Zugang zur zweiten Instanz stark beschränkt wurde, wodurch von vornherein weniger Fälle die dritte Instanz erreichen. Der Entwicklungstrend ist in Mitteleuropa allgemeiner spürbar: *Bobek* (Fn. 20). Auf andere Weise wirkt in eine ähnliche Richtung die Tendenz des Gesetzgebers, für bestimmte Angelegenheiten eine erstinstanzliche Zuständigkeit der obersten Bundesgerichte zu begründen und damit den Instanzenzug von vornherein auszuschließen; vgl. dazu *Hergenröder* (Fn. 32), S. 24ff.

⁵⁵ In diese Richtung etwa *C. D. Classen* Funktional ausdifferenzierte Rechtsprechungskompetenzen? Zur Freiheit im Umgang mit dem Recht, JZ 2007, 53 (59 f.), der Rechtsfortbildung deshalb für Bundesrecht allein bei den obersten Bundesgerichten angesiedelt sehen will.

⁵⁶ Vorschläge dazu etwa bei *Hilger* (Fn. 26), 119; *K. J. Hopt* Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 1975, 341 (348); *Hirte* (Fn. 48), 63 ff.; *Cappelletti* Giudici Legislatori? (Fn. 33), 78 f.

Zwischenbereich zwischen Justiz und Gesetzgebung, der deutlich hybrider wäre, als es für Höchstgerichte ohnehin unvermeidlich ist. In einem derartigen hybriden Zwischenbereich ist bis jetzt allein das Bundesverfassungsgericht angesiedelt. Dieses ist aber durch die Rekrutierung seiner Mitglieder und die Aufgabe der Normenkontrolle der Gesetzgebung ohnehin von vornherein deutlich näher.⁵⁷ Für die obersten Bundesgerichte wäre eine derartige Hybridisierung problematisch. Die Überzeugungskraft ihrer Lösungen lebt aus der arbeitsteiligen Fallbehandlung im Instanzengefüge insgesamt. Nur diese gewährleistet es. dass die Höchstgerichte an der justiztypischen Legitimität individueller Streitentscheidung weiter partizipieren können. Die institutionelle Kompetenz der obersten Bundesgerichte zu generalisierender Normbildung muss paradoxerweise gerade deshalb in einer prekären Vorläufigkeit verharren⁵⁸, damit sie zu dieser Normbildung eben in ihrer Qualität als Gerichte beitragen können.

II. Die Bedeutung höchstrichterlicher Entscheidungen

Wie wirken nun die höchstrichterlichen Entscheidungen, wenn sie einmal getroffen wurden? Wie werden sie wahrgenommen und verarbeitet? Solche Fragen werden selten explizit erörtert, obwohl die Bedeutung dieser Entscheidungen stetig gewachsen ist⁵⁹. Die höchstrichterliche Judikatur stellt neben dem geschriebenen Recht das Haupt-

⁵⁷ Zu diesem für das Bundesverfassungsgericht typischen Phänomen der Hybridisierung zwischen Justiz und Politik näher C. Möllers Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/ C. Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, 281 (320ff.).

⁵⁸ In diesem Sinne gibt es eine Grenze der institutionellen Innovation, jenseits derer Gerichte aufhören, Gerichte zu sein. Plastisch dazu Horowitz (Fn. 42), 298; Cappelletti Giudici Legislatori? (Fn. 33), 69 f., 80. Sie zeigt sich auch im Kontrast zur Kompetenz der Höchstgerichte in den kommunistischen Systemen, die Entscheidungspraxis der Instanzgerichte durch verbindliche abstrakt-generelle Richtlinien zu steuern; vgl. dazu D. Schefold Rechtsprechung oder Interpretationsrichtlinie?, NJW 1973, 122 (125); Schlüter (Fn. 25), 58 ff.; E. Jacobi Die Richtlinien des Obersten Gerichts der Deutschen Demokratischen Republik, FS Willibalt Apelt, 1958, 203 ff. Diese Form streitunabhängiger Leitungsakte der Höchstgerichte existiert in Mittel- und Osteuropa teilweise fort; vgl. dazu Bobek (Fn. 20), 45.

⁵⁹ Eine glänzende Analyse des gemeineuropäischen Bedeutungsanstiegs der Judikatur - vor allem im Verlauf des zwanzigsten Jahrhunderts - im Vergleich zwischen England, Frankreich und Deutschland findet sich bei J. P. Dawson The Oracles of the Law, 1968.

material dar, das Gerichte und Wissenschaft berücksichtigen und verarbeiten. In wachsendem Ausmaß wird es zur Aufgabe von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft, Formen für den Umgang mit der bereits existierenden Judikatur zu entwickeln.

1. Die unterschiedliche Wahrnehmung von Präzedenzfällen in Kontinentaleuropa und im Bereich des Common Law

Die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen tun sich damit freilich schwer.⁶⁰ So sehr man sich hier traditionell an der Deutung von Gesetzestexten abarbeitet, so wenig verwendet man vergleichbare Mühen auf das Verstehen der Bedeutung von Gerichtsurteilen. Im angloamerikanischen Raum ist es traditionell umgekehrt. Einer vergleichsweise spärlichen und holzschnittartigen Interpretationslehre für Gesetzestexte steht dort eine reiche und differenzierte Kultur des Umgangs mit Gerichtsentscheidungen gegenüber. In der Praxis hat sich die Bedeutung von Präzedenzfällen zwischen dem angloamerikanischen Recht und demjenigen Kontinentaleuropas indes durchaus angenähert. Für Deutschland hat man bereits in den zwanziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts davon sprechen können, es existiere hier tatsächlich ein "Kryptopräzedenziensystem"⁶¹. Der Umgang mit den Präzedenzfällen ist in beiden Traditionen aber weiterhin sehr unterschiedlich.

Das liegt sicherlich zunächst daran, dass Gerichtsentscheidungen bei uns nach den Prozessordnungen grundsätzlich nur zwischen den Par-

⁶⁰ H. Coing Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts, JuS 1975, 277 (277).

⁶¹ H. Gerland Probleme des englischen Rechtslebens, insbesondere das Praecedentiensystem und die Aufstellung von Verfahrensvorschriften. Zugleich ein Beitrag zur Rationalisierung der Gesetzgebung, 1929, 24. Zur Konvergenzentwicklung zwischen common law und kontinentaleuropäischem Recht: D. N. MacCormick/ R. S. Summers (Hrsg.) Interpreting Precedents. A Comparative Study, 1997; relativierend M. Adams The Rhetoric of Precedent and Comparative Legal Research, Modern Law Review 62 (1999), 464 (465 f.). Zu ähnlichen Konvergenzprozessen bei der Gesetzesinterpretation D. N. MacCormick/R. S. Summers (Hrsg.) Interpreting Statutes. A Comparative Study, 1991; Stefan Vogenauer Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, zwei Bände, 2001 (wo freilich die Konvergenzthese wiederum übertrieben wird; dazu die Kritik von K. Lerch Das Verschwinden der Unterschiede, Rg 3 [2003], 38 ff.); vgl. auch Zweigert/Kötz (Fn. 35), 262 ff.; V. G. Curran Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union, Columbia Journal of European Law 7 (2001), 63 ff.

teien des Einzelfalls wirken.62 Im angloamerikanischen Recht gibt es hingegen eine regelmäßige Bindung an ältere Gerichtsentscheidungen. Deshalb hat sich dort ein ausdifferenziertes Argumentationssystem zum Umgang mit früheren Urteilen entwickelt. Es kreist zentral um die Fragen, ob der zu entscheidende Fall von einem bereits entschiedenen in relevanter Weise abweicht ("distinguishing") oder die dort entwickelte Rechtsregel nicht länger aufrechterhalten werden soll ("overruling"). Aus dieser Situation heraus entsteht eine besondere Aufmerksamkeit für die entschiedenen Sachverhalte wie auch für die Unterscheidung zwischen tragenden Gründen und obiter dicta.63 Im deutschen Recht - wie in ganz Kontinentaleuropa - sind ähnliche Präjudizienbindungen hingegen sehr selten; sie treten hier vor allem in Fällen des Divergenzausgleichs auf.64 Im Übrigen sind Richter aufgrund ihrer in Art. 97 Abs. 1 GG gewährleisteten Unabhängigkeit nicht an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden. 65 Es hat sich deshalb für unsere Rechtspraxis nicht als nötig erwiesen, ein ähnlich differenziertes Argumentationsinstrumentarium für den Umgang mit früheren Gerichtsentscheidungen zu entwickeln wie im Common Law.

⁶² Vgl. dazu auch BVerfGE 122, 248 (277).

⁶³ N. Duxbury The Nature and Authority of Precedent, 2008; F. Schauer Precedent, Stanford Law Review 39 (1987), 571 ff.; W. Fikentscher Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 2, 1975, 62ff., 95ff.; Reinhardt (Fn. 26), 249ff.

⁶⁴ Vgl. zu diesen Divergenzfällen zwischen Spruchkörpern oder Gerichten gleicher Stufe oben Fn. 22. In diesen besonderen Konstellationen entsteht durchaus ein ziseliertes Argumentieren über die tragenden Gründe, ein haarfeines distinguishing von Fällen, das es mit common law-Juristen aufnehmen kann - und nicht selten dem Ziel dient, eine Vorlagepflicht des entsprechenden Spruchkörpers zu vermeiden: Schlüter (Fn. 25), 40 ff., 77 ff.; H. Lilie Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen, 1993. Ein Entwurf einer umfassenderen Rechtsprechungsbindung für die Rechtsordnung unter dem Grundgesetz findet sich bei Reinhardt (Fn. 26).

⁶⁵ Vgl. etwa BVerfGE 87, 273 (278); 98, 17 (48). Eine derartige Bindung ist auch nicht aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleiten, da Selbstbindung nicht auf die Funktion, sondern auf das Organ abstellt. Gebunden ist nur der konkrete Spruchkörper: R. Riggert Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG), 1993, 51 ff. Mit einer generellen Pflicht zur Befolgung obergerichtlicher Judikate ist im 19. Jahrhundert gelegentlich experimentiert worden. Sie hat sich aber nicht durchsetzen können, weil sie lediglich eine Ansammlung unverbundener Leitsätze hervorbrachte und damit die Rechtsunsicherheit eher vergrößerte. Zu den entsprechenden Gesetzen in einzelnen deutschen Staaten (vor allem Hannover, Bayern) näher H. Weller Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft. Ein rechtshistorischer Beitrag zur Entstehung und Funktion der Präjudizientheorie, 1979, 82 ff.; Fischer (Fn. 27), 372 f.

Rechtliche und faktische Bedeutsamkeit der höchstrichterlichen Judikatur

a) Rechtliche Beachtlichkeit höchstrichterlicher Entscheidungen

Gleichwohl griffe es zu kurz, wollte man bei dem Befund stehen bleiben, dass bei uns weder die Höchstgerichte selbst an ihre früheren Judikate gebunden sind noch die Instanzgerichte derartige Judikate befolgen müssen. Bereits die bestehenden Mechanismen für den Ausgleich divergierender Entscheidungen der Obergerichte setzen voraus, dass deren Entscheidungen Wirkungen über den entschiedenen Einzelfall hinaus zukommen. Solche prozessrechtliche Vorkehrungen beruhen auf der Annahme und Erwartung, dass die obergerichtlichen Entscheidungen eine Leitwirkung für das gesamte Rechtssystem entfalten.66 In der Rechtsprechung selbst finden sich überdies Anforderungen an die Judikatur, die älteren Entscheidungen durchaus eine gewisse rechtliche Beachtlichkeit zusprechen.⁶⁷ So ist das Abgehen von einer ständigen Rechtsprechung nur in den Grenzen eines gewissen Vertrauensschutzes zulässig.68 Werden höchstrichterliche Entscheidungen nicht berücksichtigt, so kann dies haftungsrechtliche Konsequenzen für die Verwaltung⁶⁹ oder die Anwaltschaft⁷⁰ haben.⁷¹

⁶⁶ In vielen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zeigen gerade diese organisatorischen Mechanismen zur Vereinheitlichung der obergerichtlichen Rechtsprechung an, wie sehr den höchstrichterlichen Judikaten faktisch eine Leitfunktion zukommt; vgl. dazu bereits *M. Ancel* Réflexions sur l'étude comparative des Cours suprêmes et le "Recours en Cassation", Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris III (1938), 285 (301).

⁶⁷ Überblick bei *C. Bumke* Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: *ders.* (Hrsg.) Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33, 38 ff.

⁶⁸ Vgl. etwa BGHZ 85, 64 (68). Überblick über die Rechtsprechung bei H. Maurer in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl., 2006, § 79 Rn. 139 ff.; vgl. auch L. Kähler Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2004, 132 ff.; K. Langenbucher Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht, 1996, 121 ff.; M. Herdegen Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechung im Zivilrecht, WM 2009, 2202 ff.

⁶⁹ Grundlegend BGH NJW 1963, 1453 (1454); näher *F. Ossenbühl* Die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung (1967), in: Roellecke (Hrsg.) Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung (Fn. 18), 307 (319 ff.).

⁷⁰ Zur entsprechenden Judikatur näher *J. Friedmann* Anwaltspflichten und Präjudizien, 2003, 24ff.

⁷¹ Im Hinblick auf den EGMR hat das Bundesverfassungsgericht sogar ausdrücklich eine Pflicht der Gerichte formuliert, dessen Rechtsprechung zu berücksichtigen und sich inhaltlich damit auseinanderzusetzen: BVerfGE 111, 307 (316 ff.).

Faktische Leitfunktion der höchstrichterlichen Judikate

Die Bedeutung der höchstrichterlichen Judikate geht in der Praxis über diese besonderen Fallgruppen weit hinaus. Die Instanzgerichte folgen der höchstrichterlichen Judikatur regelmäßig, obwohl sie dazu rechtlich nicht verpflichtet sind. Erst durch diese Folgsamkeit entwickelt die höchstrichterliche Entscheidung die für sie charakteristische ungefähre, verschwommene, gewissermaßen persuasive Verbindlichkeit.⁷² Aber warum sind die Untergerichte eigentlich regelmäßig so folgsam? Hier ist ein Bündel von Motiven ausschlaggebend.⁷³ Sicherlich spielt dabei die Überzeugungskraft der Entscheidungsgründe des Präiudizes eine Rolle.74 Auch wollen die Untergerichte eine mögliche Aufhebung im Instanzenzug vermeiden, weil ihre Entscheidungen ansonsten als fehlerhaft gelten. 75 Überdies ist die Justiz trotz der formalen Egalität der Richter durch vielfältige Mechanismen informeller Hierarchisierung gekennzeichnet.⁷⁶ Eine solche quasihierarchische Prägung legt die Beachtung obergerichtlicher Judikate nahe. Besonders ins Gewicht fällt aber vor allem auch schlicht die Entlastung der richterlichen Rechtsarbeit in den Unterinstanzen. Die Arbeitsbelastung der Instanzgerichte ist hoch, und ihre Hauptaufgabe liegt zumeist in der Feststellung des Sachverhalts. Sie sind geradezu darauf angewiesen, sich die Arbeits-

⁷² Roellecke (Fn. 18), 16: "ungefähre, verschwommene, allgemeine Verbindlichkeit". Das gilt erst recht für die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, deren Beachtung in der gesamten Gerichtsbarkeit die durch § 31 BVerfGG angeordnete Bindungswirkung erheblich übersteigt: E. Luetiohann Nicht-normative Wirkungen des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zur Rechtsprechungslehre, 1991, 4ff., 78ff.; dazu allgemein auch O. Lepsius Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: R. Scholz u.a. (Hrsg.) Realitätsprägung durch Verfassungsrecht. Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, 2008, 103 ff.

⁷³ Dazu schon Kriele (Fn. 6), 258 ff.

⁷⁴ BVerfGE 122, 248 (277); K. Larenz Über die Bindungswirkung von Präjudizien, FS Hans Schima, 1969, 247 (252). Kriele (Fn. 6), 243 ff., hat aus diesem Gesichtspunkt sogar eine "präsumptive Verbindlichkeit der Präjudizien" ableiten wollen.

⁷⁵ Roellecke (Fn. 18), 16; R. Lautmann Justiz - die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, 1972, 95 ff.; Rüthers/Fischer (Fn. 3), Rdnr. 244.

⁷⁶ Zusammenfassend C. Schütz Der ökonomisierte Richter. Gewaltenteilung und richterliche Unabhängigkeit als Grenzen Neuer Steuerungsmodelle in den Gerichten, 2005, 76ff.; H. Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 97 GG, Rdnr. 39. Die informelle Hierarchisierung knüpft an die ältere Beamtenstruktur der deutschen Richterschaft an; zugleich informativ und affirmativ dazu schon K. A. Bettermann Der Richter als Staatsdiener, 1967; zur verbliebenen Einbindung der Justiz in die allgemeine Verwaltung F. Wittreck Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006.

ergebnisse des Höchstgerichts zu eigen zu machen und damit die Vorteile der Arbeitsteilung innerhalb des jeweiligen Instanzenzuges zu nutzen.⁷⁷

 Der Umgang mit höchstrichterlichen Judikaten zwischen rechtssatzmäßiger Anwendung und verstärkter Sachverhaltsberücksichtigung

Die grundsätzliche Folgebereitschaft der Instanzgerichte beantwortet freilich noch nicht die Frage, wie die Gerichte selbst die höchstgerichtlichen Entscheidungen verarbeiten.

a) Der Umgang mit den Judikaten in der Praxis

Das beginnt beim Umgang der Höchstgerichte mit ihren eigenen Judikaten und setzt sich in der Art fort, wie die Instanzgerichte diese Entscheidungen aufgreifen. Die deutsche Rechtsprechung neigt dazu, früheren Urteilen Leitsätze⁷⁸ oder leitsatzmäßig formulierte Aussagen zu entnehmen und diese in weiteren Entscheidungen unverändert zu wiederholen.⁷⁹ Seit den Zeiten des Reichsgerichts⁸⁰ ist eines der wesent-

⁷⁷ Vgl. P. Stegmaier Wissen, was Recht ist. Richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologisch-ethnographischer Sicht, 2009, 219ff.; Fischer (Fn. 27), 384f.; Hauser (Fn. 19), 198f.; ähnlich aus US-amerikanischer Perspektive E. H. Caminker Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?, Stanford Law Review 46 (1994), 817 (827). Dies gilt zumal unter den heutigen Bedingungen einer verstärkt ökonomisierten Justiz, in der richterliche Arbeit auch und gerade an den Erledigungsziffern gemessen wird: Schütz (Fn. 76). Überdies muss man verdeckte Umgehungsmöglichkeiten in Rechnung stellen. Die Tatsachengerichte haben durchaus Wege, einer höchstgerichtlichen Judikatur in der Sache nicht zu folgen, wenn sie das Ergebnis im konkreten Fall für untragbar halten, ohne formal dagegen zu rebellieren. Gerade die Sachverhaltsfeststellung und erste rechtliche Einordnung eines Rechtsstreites (zu den hier bestehenden Spielräumen anschaulich O. Hartwieg Innovationsleistungen zivilrichterlicher Sachverhaltsarbeit, in: Harenburg u.a. (Hrsg.) Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung [Fn. 14], 339 ff.) gibt dem Tatsachengericht vielfältige Möglichkeiten, die Wahrnehmung eines Falles durch die Oberinstanzen in einer Weise zu prägen, die den offenen Konflikt vermeidet: F. Bruinsma A Socio-Legal Analysis of the Legitimacy of Highest Courts, in: Huls u.a. (Hrsg.) The Legitimacy of Highest Court's Rulings (Fn. 18), 61 (73).

⁷⁸ Zu ihrer Bedeutung und Problematik *Heusinger* (Fn. 24), 182 ff.; *Schlüter* (Fn. 25), 2 ff.; *Köbl* (Fn. 48), 755; *W. Herschel* Der Leitsatz höchstrichterlicher Entscheidungen, FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, 201 ff.; *S. Uhlig* Leitsatzbildung, DRiZ 1974, 75 ff.; *Schefold* (Fn. 58), 124 f.

⁷⁹ Dazu *A. Ohly* Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), 1 (4, 42); *Kötz* (Fn. 40), 21 f.; vgl. auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl (Fn. 6), 185: "Absicherungsbedürfnis und Schematisierungsinteresse".

⁸⁰ Zur Zitierpraxis des Reichsgerichts *H.-G. Mertens* Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor Inkrafttreten des BGB, AcP 174 (1974),

lichen Begründungsmittel der höchstrichterlichen Judikatur das Selbstzitat. Die Höchstgerichte verweisen in nicht selten langen Zitatketten auf die eigene Judikatur.81 Solche selbstreferentiellen Kettenverweise dienen der Selbststabilisierung der Gerichte und ihrer Vergewisserung über Kohärenz und Kontinuität der eigenen Rechtsprechung.82 Frühere Urteile geraten dadurch freilich gerade nicht als Fallentscheidungen in den Blick. Abstrakte Passagen ihrer Begründungen werden vielmehr sozusagen rechtssatzartig verwendet.83 Dieses Verfahren leistet einer Vernachlässigung der entschiedenen Sachverhalte Vorschub. Allerdings hat es gerade für die Instanzgerichte auch Vorteile: Die regelhafte Formulierung erleichtert die Handhabung der Präzendenzfälle erheblich und entlastet damit die Untergerichte.84 Das zeigt sich heute selbst in

^{333 (338);} dazu kritisch Dawson (Fn. 59), 448; vgl. auch bereits die Kritik an fehlenden oder unzureichenden Sachverhaltsangaben bei der Veröffentlichung von Reichsgerichtsentscheidungen bei O. Bähr Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883, Vorrede, VII.

⁸¹ R. Wagner-Döbler/L. Philipps Präjudizien in der Rechtsprechung. Statistische Untersuchungen anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte, Rechtstheorie 23 (1992), 228 (233); R. Alexy/R. Dreier Precedent in the Federal Republic of Germany, in: Mac-Cormick/Summers (Hrsg.) Interpreting Precedents (Fn. 61), 17 (23 f.). Besonders ausgeprägt ist diese Neigung beim Bundesverfassungsgericht: Jestaedt (Fn. 40), 528 ff.; O. Lepsius Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht (Fn. 57), 159 (200f.).

⁸² Dazu Jestaedt (Fn. 40), 530. Die Neigung zum leitsatzartigen Zitieren wird auch durch das Verfahrensrecht gefördert. Denn die ein Rechtsmittel oder Vorlageverfahren eröffnende Divergenz stellt allein darauf ab, ob das Gericht von einer abstrakten Regelformulierung eines divergenzfähigen Gerichts abweicht, während eine fehlerhafte Subsumtion unter eine derartige Regelformulierung dafür nicht genügt; vgl. Hanack (Fn. 22), 137 ff. Man kann bei den deutschen Höchstgerichten - etwa im Kontrast zu den französischen, die nicht einmal ihre eigene Judikatur zitieren – überdies aufgrund der vielfältigen Brüche der deutschen Geschichte insgesamt ein vergleichsweise stärker ausgeprägtes Bedürfnis ausmachen, ihre Entscheidungen in den Urteilsgründen zu rechtfertigen: U. Everling Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1994, 127 (135).

⁸³ Plastisch Coing (Fn. 60), 277: "Wir neigen immer noch dazu, Sätze des Richterrechts wie solche des Gesetzesrechts zu verwenden - nur dass wir statt eines Gesetzesparagraphen Band und Seite aus einer offiziellen Entscheidungssammlung zitieren".

⁸⁴ Dazu H. Hattenhauer Zur Theorie und Praxis der Rezeption richterlicher Entscheidungsgründe, in: H. Hof/M. Schulte (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht III, 2001, 25 (29); vgl. auch Lautmann (Fn. 75), 95 ff. Hier zeigt sich eine merkwürdige Beziehung zwischen Verbindlichkeit und Interpretation: Leitsatzartige Begründungen kontinentaler Höchstgerichte können von den Instanzgerichten vergleichsweise leicht begriffen und befolgt werden, obwohl diese für sie theoretisch nicht verbindlich sind. Hingegen fällt es dem Instanzrichter im Bereich des common law nicht selten schwer, aus den vielfältigen Ansätzen der richterlichen "opinions" in einem Präzedenzfall die

den Vereinigten Staaten. Auch dort ist eine gewisse Tendenz zu beobachten, dass Präzendenzfälle stärker über ihre generellen Regeln wirken und ihre Wahrnehmung sich von den entschiedenen Sachverhalten ablöst.⁸⁵

Gleichwohl bringt der sehr abstrahierende Umgang mit höchstrichterlichen Judikaten Gefahren mit sich. Er kann einer schematischen Übertragung der richterlichen Regelformulierung auf anders liegende Sachverhalte Vorschub leisten. 86 Dieser Umgang trägt überdies zu der immer wieder einmal zu beobachtenden Überinterpretation höchstrichterlicher Entscheidungen bei⁸⁷; diese wird durch das Bedürfnis der Instanzgerichte und der Rechtspraxis begünstigt, rechtliche Unsicherheiten möglichst schnell und umfassend höchstrichterlich geklärt zu sehen⁸⁸. Vom Common Law ließe sich hier eine genauere Beobachtung der Urteile gerade als Entscheidungen lernen. Das bedeutet vor allem eine intensivere Auseinandersetzung mit dem entschiedenen Sachverhalt, zum anderen aber auch eine gründlichere Unterscheidung von tragenden Gründen und obiter dicta.89 Nur ein derartiger differenzierter Umgang mit den Judikaten kann verhindern, dass die vom Höchstgericht formulierten normausfüllenden Zwischensätze sich zu rasch verselbständigen.

tragenden Gründe herauszuschälen, an die er in der Theorie gebunden ist: *Ancel* (Fn. 66), 300f.; *A. Samuels* Those multiple long judgments, Civil Justice Quarterly 24 (2005), 279ff.; *F. H. Lawson* Comparative Judicial Style, The American Journal of Comparative Law 25 (1977), 364 (371).

⁸⁵ F. Schauer Opinions as Rules, The University of Chicago Law Review 62 (1995), 1455ff.; P. M. Tiersma The Textualization of Precedent, The Notre Dame Law Review 82 (2007), 1187ff., mit Kontrastierung der unterschiedlichen Entwicklung in England und den Vereinigten Staaten; vgl. dazu schon H. Oliphant A Return to Stare Decisis, The American Bar Association Journal 14 (1928), 71 ff., der bereits beklagte, "stare decisis" werde zunehmend von "stare dictis" abgelöst.

⁸⁶ Coing (Fn. 60), 281 f.; für Verfassungsgerichtsentscheidungen Lepsius (Fn. 81), 202.

⁸⁷ Die Entwicklung, dass etwa Richter des Bundesverwaltungsgerichts im Informationssystem "juris" Entscheidungen ihres Gerichts kommentieren, dürfte auch mit dieser Problematik der Überinterpretation in der Praxis zu tun haben.

⁸⁸ Dazu Schlüter (Fn. 25), 2.

⁸⁹ Dazu Coing (Fn. 60), 281 ff.; Langenbucher (Fn. 68), 78 ff.; Ohly (Fn. 79), 46; Lepsius (Fn. 81), 202, 242 f., 259 ff.; vgl. auch bereits W. Sauer Die grundsätzliche Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Praxis und Wissenschaft (1929), in: Roellecke (Hrsg.) Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung (Fn. 18), 92 (121 f.).

Der Umgang mit den Judikaten als Problem von Wissenschaft und Aushildung

Dieses Problem ist indes in der Wissenschaft größer als in der Praxis. Denn die Gerichte praktizieren durchaus in der Regel einen differenzierten Umgang mit obergerichtlichen Judikaten, auch wenn sie die entsprechenden Vorsichtsregeln nicht explizit formulieren.⁹⁰ In der Rechtsdogmatik ist das häufig anders. Sie verwertet zwar die Gerichtsentscheidungen, indem sie die Entscheidungsbegründungen auf deren Konsistenz prüft und in ihre Systematisierungsangebote einfügt. Durch diese auf argumentative Verallgemeinerung ausgerichtete Perspektive schneidet sie sich aber den Blick auf das richterliche Urteil als eigenständiges Phänomen ab.91 Gerade weil der Dogmatiker imaginär auf dem Richterstuhl Platz nimmt, verliert er allzu rasch die Gerichte als Institutionen aus dem Blick. 92 Zwar ist die Perspektive verallgemeinernder wissenschaftlicher Systembildung durchaus legitim und kann die Regelbildung durch die Höchstgerichte unterstützen. 93 Man muss sich nur darüber im Klaren sein, dass das richterliche Urteil als eigenständiger Beschäftigungsgegenstand so nicht genügend Aufmerksamkeit bekommt.

Rechtswissenschaft und juristische Ausbildung schulen gerade vor diesem Hintergrund die eingehende kritische Beschäftigung mit Gerichtsurteilen zu wenig und lassen damit auch die künftige Praxis weit-

⁹⁰ Anschaulich dazu Stegmaier (Fn. 77) 219 f.; vgl. auch Wagner-Döbler/Philipps (Fn. 81), S. 240.

⁹¹ Welches Prozessgeschehen zugrunde lag, welche Weichen bei der Sachverhaltsfeststellung in den Unterinstanzen wie gestellt wurden (dazu anschaulich Hartwieg [Fn. 77]), welche Kompromisszwänge innerhalb eines Kollegialgerichts die Begründung in eine bestimmte Richtung gelenkt haben (dazu Berkemann [Fn. 12], 46, 54), alle derartige Fragen interessieren für eine abstrahierende Dogmatik nicht.

⁹² Plastisch zum Problem C. R. Sunstein/A. Vermeule Interpretation and Institutions, Michigan Law Review 101 (2003), 885 (888): "Legal education, and the legal culture more generally, invite interpreters to ask the following role-assuming question: ,If you were the judge, how would you interpret this text?" If the question is posed in that way, institutional issues drop out. The very form of the question makes them irrelevant." Sehr prägnant dazu auch Ohly (Fn. 79), 28: " ... ist das Urteil im Gegensatz zu einer rechtswissenschaftlichen Theorie keine bloße unverbindliche Aussage über die Rechtslage. Es ist ein vom zuständigen staatlichen Organ aufgestellter Sollenssatz, der einem Tatbestand mit hoheitlicher Wirkung eine Rechtsfolge zuordnet ...".

⁹³ Dazu C. Bumke Die Wechselwirkungen zwischen Rechtsprechung und Dogmatik, in: 16. Deutscher Verwaltungsgerichtstag, hrsg. vom Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag e.V., 2010, S. 143 ff.

gehend allein.94 Die etwa im französischen Ausbildungswesen fest verankerte Form eines "commentaire d'arrêt"95, einer vertieften wissenschaftlichen Urteilskritik, könnte durchaus auch in der deutschen Juristenausbildung gute Dienste tun. Dies gilt zumal deshalb, weil die zunehmende Bedeutsamkeit von ganz anders verfertigten Judikaten wie etwa den Entscheidungen des stärker in der französischen Urteilstradition stehenden Europäischen Gerichtshofs⁹⁶ - ohnehin eine stärkere Beschäftigung mit Form und Eigenart von Gerichtsurteilen nahelegt.97 Nähme die Wissenschaft die höchstrichterlichen Leitjudikate stärker in ihrem Entscheidungscharakter wahr, in ihrer Geprägtheit durch die jeweiligen Sachverhalte und Zeitumstände, dann leistete sie damit auch der Gerichtsbarkeit selbst einen Dienst. Diese könnte so einen differenzierteren Blick auf ihre eigenen Rechtsprechungstraditionen bekommen und sich aus ihnen auch möglicherweise leichter wieder herauslösen.98 Gerade innerhalb der deutschen Rechtsordnung, in der die Judikatur der obersten Bundesgerichte nun über sechzig Jahre hinweg angewachsen ist, wird eine derartige Kontextualisierung und Historisierung früherer Leitentscheidungen zunehmend wichtiger.

⁹⁴ Vorbildlich, aber ohne Nachfolge geblieben: *Hattenhauer* (Fn. 24); vgl. auch *Coing* (Fn. 60), 280 ff.; zu dieser Aufgabe der Juristenausbildung auch *Hattenhauer* (Fn. 84), 30; *Fischer* (Fn. 12), 407 f.

⁹⁵ Vgl. etwa R. Mendegris/G. Vermelle Le commentaire d'arrêt en droit privé, 7. Aufl. 2004. Diese Aufgabe antwortet im französischen Recht angesichts der gedrängten Kürze der höchstgerichtlichen Entscheidungen und der extrem hohen Technizität des Systems der Kassationsgründe ("moyens") allerdings auf eine gegenüber der deutschen Situation spezifische Problematik: J. Ghestin L'interprétation d'un arrêt de la Cour de Cassation, Recueil Dalloz. Chroniques, 2004, 2239 ff.

⁹⁶ Dazu Everling (Fn. 82); Lasser (Fn. 18), 203 ff.; Lashöfer (Fn. 40), 130 ff.; A. Arnull Owning Up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice, CMLRev. 30 (1993), 247 ff.

⁹⁷ Hier kann die rechtshistorische und -vergleichende Forschung zu Urteilsformen und -stilen fruchtbar gemacht werden; vgl. dazu *F. Ranieri* Stilus Curiae. Zum historischen Hintergrund der Relationstechnik, Rechtshistorisches Journal 1985, 75 ff., und die Nachweise in Fn. 40.

⁹⁸ Hierzu Lepsius (Fn. 81), 260. Der Beginn einer derartigen historisierenden Kontextualisierung von höchstgerichtlichen Entscheidungen ist etwa für das Bundesverfassungsgericht gemacht in der Sammlung: J. Menzel (Hrsg.) Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, 2000. Für die frühe Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts: C. Schönberger Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: M. Stolleis (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland, 2006, 53 ff.

III. Verfassungsrechtliche Grenzen höchstrichterlicher Rechtserzeugung?

Lassen Sie mich schließlich in einem letzten Schritt auf den angemessenen verfassungsrechtlichen Umgang mit höchstrichterlicher Rechtserzeugung eingehen. Die Problematik ist jüngst mit der Entscheidung des Ersten Senats zur Frage der Bemessung des nachehelichen Unterhalts⁹⁹ neu ins Blickfeld gerückt. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Bundesgerichtshof dort bescheinigt, dessen Rechtsprechung zur Berechnung des nachehelichen Unterhalts überschreite die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung und verletze damit Art. 20 Abs. 3 GG.

1. Das Grundproblem der richterlichen Kontrolle richterlicher Gesetzesbindung

Um das Sachproblem derartiger Entscheidungen einzuordnen, muss man zunächst die Besonderheit der institutionellen Situation in den Blick nehmen. Die Rechtsbindung des Richters wirft, wie eingangs erwähnt, stets das Problem einer rekursiven Schleife auf. Der Richter entscheidet aufgrund seiner Unabhängigkeit selbst, wie das Recht zu verstehen ist, an das er gebunden ist. Eine Überprüfung kann nur im Instanzenzug durch höhere Richter vorgenommen werden. Das jeweilige Höchstgericht entwickelt dann am Ende des Instanzenzugs die maßgebliche Interpretation. Es ist eine Besonderheit des deutschen Rechts, dass es mit dem Mittel der Urteilsverfassungsbeschwerde die Möglichkeit eröffnet, auch Entscheidungen und Rechtsprechungen der obersten Bundesgerichte einer weiteren Kontrolle am Maßstab des Grundgesetzes zu unterwerfen. 100 Die Frage ist jedoch, was diese Kontrollmöglichkeit im Hinblick auf die Bindung des Richters an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG bedeuten und leisten soll.

2. Das Dilemma des Bundesverfassungsgerichts

Das Fehlen eines eigenständigen verfassungsrechtlichen Maßstabs

Das Bundesverfassungsgericht steht insoweit vor einem offenkundigen Dilemma. Versteht es die Gesetzesbindung aus Art. 20 Abs. 3 GG

⁹⁹ BVerfG, B. v. 25. 1. 2011 - 1 BvR 918/10 -, NJW 2011, 836; dazu: V. Rieble Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, NJW 2011, 819 ff.; B. Rüthers Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, NJW 2011, 1856ff.

¹⁰⁰ Eingehende Zwischenbilanz bei G. Hermes Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 119ff.

als umfassendes Kontrollprogramm für die fachrichterliche Rechtserzeugung, so unterscheidet sich seine Aufgabe nicht von der des Revisionsgerichts. Es muss dann prüfen, was auch das Revisionsgericht stets prüfen muss: ob ein Gesetz korrekt ausgelegt wurde. Das Bundesverfassungsgericht verlängert in diesem Fall den Instanzenzug um eine weitere Schleife und setzt seine Interpretation des einfachen Rechts an die Stelle derjenigen des obersten Bundesgerichts. Das wäre aber mit der Systematik der Verfassungsbeschwerde als eines außerordentlichen Rechtsbehelfs unvereinbar, der nur der Überprüfung einer Verletzung von "spezifischem Verfassungsrecht" dient, und wird vom Gericht auch ausdrücklich abgelehnt.¹⁰¹

Das Bundesverfassungsgericht will den spezifisch verfassungsrechtlichen Standard deshalb dahin bestimmen, dass die Fachgerichte die Grundentscheidung des Gesetzgebers und dessen Ziele respektieren und den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgen müssen. ¹⁰² Das Problem besteht nur darin, dass es sich dabei um keinen spezifisch verfassungsrechtlichen Standard handelt. Die Ermittlung von Grundentscheidungen des Gesetzgebers und die Auslegung des Gesetzes nach den anerkannten Methoden ist die selbstverständliche Pflicht aller Gerichte, wenn es bei ihren Urteilen auf das Gesetz ankommt. ¹⁰³ Zu einem spezifisch verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstab wird diese Anforderung auch nicht etwa vermittelt durch den Gewaltenteilungsgrundsatz. ¹⁰⁴ So richtig es ist, dass die Bindung des Richters an das Ge-

¹⁰¹ Zusammenfassend K. Schlaich/S. Korioth Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Aufl. 2010, Rn. 280ff. Vgl. etwa BVerfG, B. v. 25. 1. 2011 (Fn. 99), 837: "Die Auslegung des einfachen Rechts, die Wahl der hierbei anzuwendenden Methoden sowie seine Anwendung auf den Einzelfall sind Sache der dafür zuständigen Fachgerichte und vom BVerfG nicht auf ihre Richtigkeit zu untersuchen."

¹⁰² Vgl. etwa BVerfGE 87, 273 (280); 96, 56 (62f.); 96, 375 (394); BVerfG, B. v. 25. 1. 2011 (Fn. 99), 838; nähere Präzisierungsversuche in der Abweichenden Meinung der Richter Voßkuhle, Osterloh und Di Fabio BVerfGE 122, 248 (282ff.). Zu den vielfältigen sonstigen Formeln des Gerichts in diesem Zusammenhang siehe den Überblick bei *B. Pieroth/T. Aubel* Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, 504ff.

¹⁰³ Vgl. dazu die Kritik bei *Jestaedt* (Fn. 11), 34ff. Es erschließt sich deshalb auch nicht, wie das Bundesverfassungsgericht den Fachgerichten einerseits die Wahl der bei der Auslegung des einfachen Rechts anzuwendenden Methoden überlassen, andererseits aber überprüfen will, ob eine rechtsfortbildende Auslegung durch die Fachgerichte den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgt: BVerfG, B. v. 25. 1. 2011 (Fn. 99), 836, 838.

¹⁰⁴ Berufung auf den Gewaltenteilungsgrundsatz etwa in BVerfGE 96, 375 (394); vgl. auch die Abweichende Meinung der Richter Voßkuhle, Osterloh und Di Fabio BVerfGE 122, 248 (282).

setz auch dem Schutz des parlamentarischen Gesetzgebers dient, so wenig folgt daraus ein eigenständiges verfassungsrechtliches Prüfprogramm für die Beurteilung von Auslegungen der Fachgerichte. Vielmehr kommt es so zu der Situation, dass ein lege artis begründetes Auslegungsergebnis eines obersten Bundesgerichts einem ebenso lege artis begründeten abweichenden Auslegungsergebnis des Bundesverfassungsgerichts gegenüberstehen kann. Das ist nichts anderes als Superrevision im engsten Sinne des Wortes.¹⁰⁵

Die fehlende Berücksichtigung des institutionellen Kontextes der Rechtserzeugung innerhalb der Fachgerichtsbarkeit

Hierbei wird der institutionelle Kontext verkannt, innerhalb dessen sich Auslegung und Rechtsfortbildung innerhalb der Fachgerichtsbarkeit vollziehen. Es handelt sich um Gerichte, die in ein komplexes System von Rechtsmitteln und Vorlageverfahren eingebunden sind; dieses stellt auch praktisch regelmäßig sicher, dass Grundsatzfragen der Rechtsfortbildung nicht ohne die Bereitschaft zur Orientierung an Recht und Gesetz entschieden werden. 106 Dem Bundesverfassungsgericht selbst fehlt hingegen gerade die alltägliche Vertrautheit mit dem entsprechenden Fachrecht und das institutionelle Fundament in einem arbeitsteiligen Instanzenzug.

Gegen diese Superrevision spricht zudem, dass eine stärkere Einengung fachrichterlicher Rechtserzeugung unerwünschte Konsequenzen haben dürfte. Sie könnte dazu führen, dass die Fachgerichte einen von ihnen empfundenen Rechtsfortbildungsbedarf verstärkt in die Form der verfassungskonformen Auslegung kleiden. 107 Die höchstrichterliche Rechtsfortbildung löste sich damit in der Tendenz stärker aus den sachlichen und instanziellen Prägungen der Fachgerichtsbarkeit heraus. Ge-

¹⁰⁵ Vgl. dazu die prägnante Abweichende Meinung des Richters Gerhardt BVerfGE 122, 248 (302 f.): "Hingegen ist es nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, sich in die Rolle der Superrevisionsinstanz zu begeben und die angegriffene Entscheidung des obersten Bundesgerichts nachvollziehend auf ihre Vereinbarkeit mit dem, was das Bundesverfassungsgericht selbst und unter Umständen mit erheblichem Aufwand zur Rechtslage ermittelt hat, zu überprüfen."

¹⁰⁶ Auch hierzu wiederum die Abweichende Meinung des Richters Gerhardt ebd.,

¹⁰⁷ Als Problem beschrieben bei C. Hillgruber Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (125); Grundsatzkritik an der verfassungskonformen Auslegung durch die Fachgerichtsbarkeit bei A. Voβkuhle Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch die Fachgerichtsbarkeit. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), 177 (186f.), dort im Hinblick auf die mögliche Vereinigung der Rechtsfortbildungspflicht mit der verfassungskonformen Auslegung zu "einer Art Megakompetenz".

rade von dort her ist sie aber durch die tägliche Konfrontation mit der Sachanschauung am besten legitimiert. Eine Verlagerung auf die verfassungskonforme Auslegung wäre auch deshalb fragwürdig, weil sie dem Gesetzgeber die Möglichkeit zur Reaktion durch Gesetzesänderung abschnitte oder doch erschwerte. Sie wäre überdies aufgrund der Europäisierung nicht wünschenswert. Denn diese bringt gerade die obersten Bundesgerichte zunehmend in die Rolle einer Clearingstelle für die Verknüpfung von einfachem Recht und Unions- bzw. Völkerrecht innerhalb des deutschen Rechtssystems¹⁰⁸, was vom Verfassungsrecht her nicht zu leisten ist.

3. Eine andere Operationalisierung: Rückzug aus der Methodenkontrolle und Ausdifferenzierung der inhaltlichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe

Vor diesem Hintergrund ist die Antwort auf das Dilemma der Operationalisierung von Art. 20 Abs. 3 GG gegenüber der fachgerichtlichen Judikatur in der Kombination von zwei Lösungen zu suchen:

a) "Solange II" bei der Methodenkontrolle der Fachgerichtsbarkeit

Zunächst sollte sich das Bundesverfassungsgericht aus der Methodenkontrolle der Gesetzesauslegung durch die Fachgerichte im Wege einer "Solange II"-Formel¹⁰⁹ zurückziehen. Eine methodische Kontrolle einzelner Judikate der Fachgerichte und insbesondere der obersten Bundesgerichte schiede dann aus, solange das Argumentationsniveau richterlicher Rechtserzeugung im Gesamtgefüge der Fachgerichtsbarkeit strukturell den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung genügt. Das Gericht verzichtete so auf die maßstabslose Überprüfung von Auslegungsbegründungen der Fachgerichtsbarkeit. Eine derartige Zurücknahme der verfassungsgerichtlichen Kontrolltätigkeit entspräche in der Sache durchaus der bisherigen, überwiegend zurückhaltenden Kontrollpraxis des Gerichts.¹¹⁰

¹⁰⁸ Zu dieser wachsenden Schlüsselfunktion der obersten Bundesgerichte für die Koordination unterschiedlicher Rechtsschichten am Beispiel der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anschaulich D. Thym Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 246 ff.

¹⁰⁹ Vgl. BVerfGE 73, 339.

¹¹⁰ Vgl. dazu den Überblick über die Rechtsprechung bei Pieroth/Aubel (Fn. 102).

Ausdifferenzierung sonstiger verfassungsrechtlicher Anforderungen

Das Gegenstück dazu wäre die genauere Ausdifferenzierung sonstiger inhaltlicher Anforderungen des Grundgesetzes. Gerade in den Judikaten zur richterlichen Rechtsfortbildung schwingen nicht selten bestimmte Sachgesichtspunkte mit, die sich von den methodischen Fragen abschichten lassen. Das können grundrechtliche Aspekte sein¹¹¹, solche des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbots bei Rechtsprechungsänderungen¹¹² oder auch die Problematik, wie weit der Gesetzesvorbehalt in Bereiche zu erstrecken ist, die wie das Arbeitskampfrecht derzeit allein richterrechtlich gestaltet werden¹¹³. Statt Methodenfragen zu beurteilen, für die eigenständige verfassungsrechtliche Kategorien fehlen, sollte das Gericht vertiefter prüfen, ob die Auslegung des Fachrechts unter anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden ist, und diese möglicherweise inhaltlich neu ausdifferenzieren. Die Einhaltung der Bindung des Richters nach Art. 20 Abs. 3 GG muss hingegen innerhalb der Fachgerichtsbarkeit selbst sichergestellt und dort auch verantwortet werden.

Schluss

Es hat sich gezeigt, dass höchstrichterliche Rechtserzeugung nicht allein im Horizont hermeneutischer Textinterpretation verstanden werden darf, sondern aus ihren institutionellen Bedingungen heraus begriffen werden muss. Erst durch eine derartige Analyse von Produktion und Rezeption tritt die Eigenart der Rechtserzeugung durch die höchsten Gerichte hervor. Die erheblichen Gestaltungsräume der obersten Bundesgerichte sind in vielfältiger Weise institutionell eingehegt: durch das immer neu hinzukommende Anschauungsmaterial der Fälle, die Rückkopplung mit den Instanzgerichten und dem Europäischen Gerichtshof, die Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers, die Beobachtung durch das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf spezifisch verfassungsrechtliche Anforderungen. Ihre Rechtsprechung ist in jedem Fall auf eine aufmerksame wissenschaftliche, gelegentlich auch öffent-

¹¹¹ Zumindest angedeutet in BVerfGE 122, 248 (267 f.).

¹¹² Dazu C. Möllers Nachvollzug ohne Maßstabbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2009, 668 (672), der derartige Gesichtspunkte indes als Teil einer Methodenkontrolle verstehen

¹¹³ Vgl. BVerfGE 84, 212 (226f.); 88, 103 (115f.); zur Kritik daran zusammenfassend Hermes (Fn. 100), 137 ff.

liche Begleitung angewiesen. Das Unbehagen gegenüber den richterlichen Gestaltungsräumen verschwindet dadurch freilich nicht. Es beruht im Kern darauf, dass auch im modernen Verfassungsstaat nicht Gesetze herrschen, sondern Menschen.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen

Einführung

- (1) Das Amt des Richters fügt sich in die moderne Gewaltenteilung nur auf sperrige Weise ein. Das beruht auf einem Paradox: Die richterliche Bindung an das Recht kann nur innerhalb der Justiz selbst sichergestellt werden. Bei den höchsten Gerichten wird dieses Paradox offenkundig.
- (2) Dieses Problem wird in der traditionellen Gegenüberstellung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung verdrängt, die der dritten Gewalt allein die Rechtsanwendung zuweist. Das Gestaltungselement richterlichen Entscheidens wird dabei ausgeblendet und richterliche Tätigkeit auf Texthermeneutik reduziert.
- (3) Höchstrichterliche Rechtsfindung muss aus einer institutionellen Perspektive analysiert werden. Funktion und Aufgabe des jeweiligen Höchstgerichts sind als Spitze eines arbeitsteiligen Justizgefüges zu begreifen, in dem etwa das Verhältnis zu Untergerichten ebenso eine Rolle spielt wie dasjenige zum Gesetzgeber.
- (4) Das Referat entwickelt eine rechtsvergleichend-modellhafte Beschreibungsform für Höchstgerichte und spielt diese am Beispiel der obersten Bundesgerichte durch. Diese entsprechen am stärksten dem klassischen Typus der Höchstgerichtsbarkeit, die einen regelmäßigen Instanzenzug abschließt. Die hier entwickelte Modellbildung könnte auch für andere Höchstgerichte und insbesondere den Europäischen Gerichtshof fruchtbar gemacht werden.
- (5) Das Referat geht in drei Schritten vor: Es analysiert zunächst den institutionellen Kontext, in dem die Höchstgerichte ihre Entscheidungen treffen (I). Es untersucht dann, wie deren Judikate wirken und verarbeitet werden (II). Schließlich geht es um die Frage nach spezifisch verfassungsrechtlichen Anforderungen an die höchstrichterliche Rechtsfindung (III).

- I. Höchstrichterliche Rechtsfindung in institutioneller Perspektive
- Vorüberlegung: Die Fragwürdigkeit der überkommenen Methodenlehre
- (6) Die Hinwendung zu einer institutionellen Perspektive auf die höchstrichterliche Rechtsfindung ist um so nötiger, als die juristische Methodendiskussion seit gut hundert Jahren die Grenzen einer verlässlichen Bindung an Rechtstexte herausgearbeitet hat. Alle Versuche, zwischen Konkretisierung von Normen, Auffüllen von "Lücken" und neuartiger Rechtsfortbildung klar zu unterscheiden, haben nicht zu belastbaren Erkenntnissen geführt.
- (7) Auch gerichtliche Urteile erzeugen Recht, sie wenden dieses nicht nur an. Jedes Gerichtsurteil setzt Recht, Richterrecht. Richterrecht ist nicht ein pathologischer Sonderfall, sondern eine notwendige Erscheinungsform des Rechtssystems.
- (8) Gerade deshalb sucht auch das allgemeine Prozessrecht Rechtsgewissheit nicht allein in der Texthermeneutik, sondern im Verfahren (Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien, Instanzenzug, kollegiale Entscheidung in den Obergerichten).

2. Die Funktion von Höchstgerichten

- (9) Höchstgerichte sind als Gerichte Organe individueller Streitentscheidung. Sie gehen aber über diesen Archetyp von Justiz hinaus. Bei ihnen tritt zur Streitschlichtung die Aufgabe einer Vereinheitlichung und Fortbildung des Rechts hinzu. Damit entsteht dort ein besonderes Spannungsverhältnis zwischen Streitentscheidung und Normbildung.
- (10) Dies bedeutet unvermeidlich eine gewisse Nähe der Höchstgerichte zur Gesetzgebung. Nach einer üblichen Entgegensetzung im Gewaltenteilungsschema handelt der Gesetzgeber verallgemeinernd, zukunftsbezogen und offen, die Justiz hingegen individualisierend, vergangenheitsbezogen und rechtlich determiniert. Höchstgerichte sind mit dieser Entgegensetzung aber nicht zu erfassen. Bei ihren Judikaten tritt nicht selten gerade die verallgemeinernde, zukunftsbezogene Rechtsgestaltung in den Vordergrund.

3. Modelle von Höchstgerichtsbarkeit

(11) Bei einer rechtsvergleichenden Modellbildung lassen sich idealtypisch vereinfachend zwei Modelle von Höchstgerichtsbarkeit ausmachen: das Supreme-Court-Modell der Common-Law-Tradition und die hierarchisch-bürokratischen Höchstgerichte Kontinentaleuropas.

- (12) Die Unterschiede zwischen beiden sind groß: Hier ein einheitlicher, kompakter, kleiner Spruchkörper, dort eine Mehrzahl von Höchstgerichten, die nach innen noch einmal in spezielle Spruchkörper aufgeteilt sind. Hier die Entscheidung weniger Fälle, dort eine Fülle von Rechtsmittelentscheidungen.
- (13) Das deutsche System der Höchstgerichtsbarkeit entspricht grundsätzlich dem kontinentaleuropäisch-bürokratischen Typus. Anders als in den romanischen Ländern beruht es aber nicht auf einem sehr weiten Zugang zu den Höchstgerichten, sondern auf der Eröffnung des Zugangs vor allem für Fälle von grundsätzlicher Bedeutung.
- (14) Daraus folgen grundlegende Unterschiede für die Bedeutung der jeweiligen höchstrichterlichen Judikatur. Zwischen dem Grundsatzurteil des Common Law und den häufig knappen und aussagearmen Massenjudikaten der romanischen Länder befinden sich die Urteile der deutschen obersten Bundesgerichte in einer mittleren Position vorsichtiger Generalisierung.

4. Regelbildung durch Höchstgerichte im Vergleich mit dem Gesetzgeber

- (15) Für eine generalisierende, quasilegislative Regelbildung sind die Höchstgerichte im Vergleich mit dem Gesetzgeber generell eher schlecht gerüstet, sowohl was ihre demokratische Legitimation als auch was ihre Information angeht.
- (16) Anders als der Gesetzgeber verfügen sie aber über eine am Fallmaterial gewonnene konkretere Anschauung, die sich in Fachsenaten zu spezieller Sachkunde bündelt. Eine tastende Normbildung von diesem Material her kann den Gesetzgeber sinnvoll ergänzen, zumal sie weiter unter dessen Kontrolle bleibt und von ihm korrigiert werden kann.
- (17) Die Einschränkung des Zugangs zu den Höchstgerichten bringt diese allerdings in die Gefahr, zu streitferner abstrakter Normbildung gedrängt zu werden. Das stellte ihre justiztypische Legitimität in Frage.

Die Bedeutung höchstrichterlicher Entscheidungen II.

(18) Die gewachsene Bedeutung der Judikatur erfordert es, dass Rechtspraxis und Rechtswissenschaft einen bewussteren Umgang mit Gerichtsurteilen entwickeln.

- 1. Die unterschiedliche Wahrnehmung von Präzendenzfällen in Kontinentaleuropa und im Bereich des Common Law
- (19) Weil die Bindung an frühere Judikate im deutschen Recht sehr selten ist, hat sich hier anders als im Common Law keine differenzierte Form des Umgangs mit älteren Urteilen entwickelt.
- Rechtliche und faktische Bedeutsamkeit der höchstrichterlichen Judikatur
- (20) Auch im deutschen Recht gibt es eine gewisse rechtliche Beachtlichkeit älterer Judikate, etwa im Hinblick auf den Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen oder haftungsrechtliche Konsequenzen bei Nichtberücksichtigung höchstrichterlicher Judikatur.
- (21) Die faktische Leitfunktion der höchstrichterlichen Judikate geht sehr viel weiter, weil ihnen die Instanzgerichte regelmäßig folgen.
- 3. Der Umgang mit höchstrichterlichen Judikaten zwischen rechtsatzmäßiger Anwendung und verstärkter Sachverhaltsberücksichtigung
- (22) Die deutsche Tendenz zur rechtssatzartigen Leitsatzjudikatur kann zwar die Instanzgerichte entlasten, bringt aber die Gefahr einer schematischen Übertragung auf andersartige Sachverhalte mit sich.
- (23) Die rechtsdogmatische Verarbeitung der Judikatur bevorzugt eine Perspektive systematischer Verallgemeinerung. Damit verschwindet aber das Gerichtsurteil als eigenständiger Beschäftigungsgegenstand. In Wissenschaft und Ausbildung bedarf es einer intensiveren Auseinandersetzung mit Form und Eigenart von Gerichtsurteilen. Ältere Leitentscheidungen müssen stärker kontextualisiert und historisiert werden.
- III. Verfassungsrechtliche Grenzen höchstrichterlicher Rechtserzeugung?
- Das Grundproblem der richterlichen Kontrolle richterlicher Gesetzesbindung
- (24) Die Rechtsbindung des Richters wirft das Problem einer rekursiven Schleife auf. Die Normdeutung der letzten Instanz kann nicht mehr überprüft werden. Durch die Möglichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde entsteht im deutschen Recht die Frage, was die Bindung des Richters an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG für die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte bedeutet.

Das Dilemma des Bundesverfassungsgerichts

(25) Das Bundesverfassungsgericht will nicht Superrevisionsinstanz sein, hat aber keinen eigenständigen verfassungsrechtlichen Maßstab für die Kontrolle der richterlichen Rechtserzeugung durch die Fachgerichte. Die Kontrolle der Gesetzesauslegung auf die Einhaltung methodischer Standards führt unvermeidlich zur Superrevision. Sie verkennt die Eigenart der arbeitsteiligen Rechtserzeugung im Gefüge der Fachgerichtsbarkeit.

3. Eine andere Operationalisierung von Art. 20 Abs. 3 GG

- (26) Das Bundesverfassungsgericht sollte sich aus der Methodenkontrolle der Gesetzesauslegung durch die Fachgerichtsbarkeit im Wege einer "Solange II"-Formel zurückziehen. Eine methodische Kontrolle einzelner Judikate schiede dann aus, solange das Argumentationsniveau richterlicher Rechtserzeugung im Gesamtgefüge der Fachgerichtsbarkeit strukturell den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung genügt. Die Einhaltung der Bindung des Richters nach Art. 20 Abs. 3 GG ist innerhalb der Fachgerichtsbarkeit sicherzustellen und zu verantworten.
- (27) Das Gegenstück dazu wäre die genauere Ausdifferenzierung sonstiger inhaltlicher Anforderungen des Grundgesetzes. Das können etwa grundrechtliche Aspekte sein, solche des Vertrauensschutzes oder des Rückwirkungsverbots bei Rechtsprechungsänderungen. Statt Methodenfragen zu beurteilen, für die eigenständige verfassungsrechtliche Kategorien fehlen, sollte das Gericht vertiefter prüfen, ob die Auslegung des Fachrechts unter anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden ist und diese möglicherweise inhaltlich neu ausdifferenzieren.

Bilanz und Ausblick

(28) Erst durch eine institutionelle Analyse der Bedingungen von Produktion und Rezeption ihrer Judikate tritt die Eigenart der Rechtserzeugung durch die höchsten Gerichte hervor. Für die obersten Bundesgerichte zeigt sich, dass ihre erheblichen Gestaltungsräume in vielfältiger Weise eingehegt sind: durch das immer neue Fallmaterial, die Rückkopplung mit den Instanzgerichten und dem Europäischen Gerichtshof, die Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers und die Beobachtung durch das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf spezifisch verfassungsrechtliche Anforderungen. Ihre Rechtsprechung bedarf gerade wegen der bestehenden Spielräume überdies einer besonders aufmerksamen wissenschaftlichen und öffentlichen Begleitung.