

3. Aussprache und Schlussworte

Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen

Lepsius: Verehrte Kolleginnen und Kollegen, wir heißen Sie zur Diskussion über den dritten Beratungsgegenstand willkommen. Es liegen über 20 Wortmeldungen vor, so dass wir gezwungen waren, die Redezeit auf drei Minuten zu beschränken. Wir möchten so viele wie möglich sprechen lassen, bitte bedenken Sie das bei Ihren Beiträgen. Und nun ohne weitere Verzögerungen in die Diskussion, die Herr Hoffmann-Riem eröffnen wird. Nach ihm folgen Herr Möllers und Herr Engel.

Hoffmann-Riem: Sehr verehrte Kolleginnen und Kollegen. Ich glaube, wir haben soeben eine Sternstunde in der Arbeit der Staatsrechtslehrervereinigung erlebt: zwei exzellente Vorträge. Sie haben mir auch gezeigt, dass wir darüber nachdenken müssen, ob unsere bisherigen Methodenlehren ausreichen. Eine Hauptthese lautet ja, dass wir uns entfernen müssen von der Konzentration und Reduktion der Methodenlehren auf Textauslegung, also auf die reine Textorientierung. Natürlich ist diese weiterhin wichtig. Sie ist aber nur ein Bestandteil juristischer Arbeit. Ebenso wichtig ist, dass wir angesichts der Offenheit vieler Texte für unterschiedliche Interpretationen lernen, bei der Rechtsanwendung mit dieser Offenheit angemessen umzugehen. Insofern ist die Ebene der Herstellung der Entscheidung und der vielen Faktoren, die dort auf die Ausfüllung dieser Offenheit einwirken, besonders wichtig. Ich danke den beiden Referenten dafür, dass sie insbesondere die maßgebenden institutionellen Faktoren betont haben. Von Bedeutung sind nicht nur die innerinstitutionellen Gegebenheiten, so ob ein Gericht als Kollegial- oder Einzelrichterorgan entscheidet, oder ob es personell so zusammengesetzt ist, dass es auch die plurale Vielfalt der Werte und Erfahrungen einer Gesellschaft widerspiegelt, wie etwa das Bundesverfassungsgericht. Ferner ist für die praktische Rechtsanwendung auch der formelle oder informelle Verbund mit anderen Institutionen wichtig, so neben dem Gerichtszug auch der vertikale Mehrebenenverbund nationaler Gerichte mit den europäischen. Das Nebeneinander unterschiedlicher Gerichtszweige mit je unterschiedlichen Selbstverständnissen kann zu unterschiedlichen Sichten

auf die gleichen Rechtsnormen führen. Die Einsicht in die Abhängigkeit der Rechtsanwendung von institutionellen Kontexten sowie auch von situativ maßgebend werden Faktoren muss dazu führen, unsere herkömmlichen Methodenlehren zu erweitern. Sind Methodenlehren als Entscheidungslehren zu verstehen, muss Rechtswissenschaft als Entscheidungswissenschaft die vielfältigen Faktoren, die auf die Herstellung der Entscheidung einwirken, berücksichtigen und in Lehren über Methoden einbauen. Die Darstellung der Richtigkeit einer Entscheidung ist selbstverständlich weiterhin wichtig, steht aber nicht am Anfang des Prozesses der Rechtsanwendung. Für eine erweiterte Methodenlehre tauchen neue Fragen auf, etwa die: Wie können in unserer Methodenlehre Sicherungen geschaffen werden, dass die vielen Faktoren, die nicht textgebunden sind, dennoch als juristisch richtige legitimiert sind? Mit anderen Worten: Wie können wir die Rechtswissenschaft so erweitern, dass das, was auf der Herstellungsebene maßgebend wird, etwa die Nutzung impliziten Wissens, durch Methoden diszipliniert wird?

Eine kleine Anmerkung kritischer Art zu Herrn Schönberger, und zwar zu seiner These über die fehlende Kontrollzurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts. Ich kenne aus meiner Zeit als Verfassungsrichter keine Entscheidung, jedenfalls keine, an der ich mitgewirkt hätte, in der das Gericht eine Entscheidung eines Zivil- oder sonstigen Gerichts, die *lege artis* begründet war, beanstandet hat. Dass das Bundesverfassungsgericht auch eine *lege artis*-Prüfung – zumindest in der Intensität der Willkürkontrolle – vornehmen darf und muss, gehört zu seiner vom Rechtsstaatsprinzip her legitimierten Aufgabe. Eine bei der Gesetzesauslegung methodische Standards nicht einhaltende Entscheidung kann den Anforderungen der Gesetzesbindung richterlichen Handelns nicht genügen. Ich habe im Übrigen in meiner Zeit im Ersten Senat immer beobachten können, wie sehr das Gericht versucht hat, so etwas wie die von Herrn Schönberger geforderte neue „Solange 2-Formel“ gewissermaßen zu verinnerlichen. Der Befund verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung ist zwar von der Rechtswissenschaft nicht immer als hinreichend anerkannt worden. Über das Prinzip und seine Einhaltung ist aber im Gericht viel diskutiert worden. Es wurde stets als richterliches Berufsethos verstanden, nach diesem Prinzip zu handeln. Vielen Dank.

Möllers: Ich möchte mich zunächst dem Vorredner anschließen: Es ist wichtig, dass hier eine institutionelle Perspektive gewählt wurde, die von der klassischen Fixierung auf materielles Recht Abstand gewinnt, und die dadurch auch wieder an Kelsens Einsicht anschließen kann, dass auch Rechtsprechung Rechtsetzung ist. Ob man daraus schließen sollte, andere Methodenlehren schreiben zu müssen, wie Herr Hoff-

mann-Riem annahm, oder vielleicht auch einfach nur, gar keine Methodenlehren mehr zu schreiben, weil Methodenlehren als solche gar nichts bringen, und sich der institutionelle Kontext, eben analysieren aber nicht lehrbuchhaft einfangen lässt, ist eine andere Frage.

Zwei kritische Bemerkungen: Die erste fragt nach den normativen Kriterien. Frau Albers hat darauf verzichtet. Sie hat gesagt, so ist es, es „schlängelt“ sich, „Lissabon“ hier, „Honeywell“ dort. All dies ist Rechtssprechung, die ihre Funktion erfüllt. Da, denke ich, könnte man aus dem funktionalen Ansatz mehr herausholen, als Sie explizit gemacht haben. Herr Schönberger hat dagegen, wie ich finde, ein normativ etwas parasitäres Verhältnis zur klassischen Gewaltenteilungslehre entwickelt. Er hat diese erst einmal verworfen, um dann zu sagen, dass es natürlich Legitimationsprobleme gibt, wenn Höchstgerichte auf einmal nur noch Höchststrichterliches tun und nicht mehr an konkrete Fälle angebunden werden. Dahinter steckt doch eine sehr klassische Vorstellung von Gewaltenteilung und ein Glaube an die Bindungswirkung von Rechtstexten. Hier zeigt sich eine Ambivalenz im Referat, das nicht anders konnte als die Theorien, die zunächst kritisiert wurden, anschließend zu rehabilitieren.

Die zweite Frage zur deskriptiven Seite: Man könnte Herrn Schönbergers Beitrag kritisch auf Frau Albers anwenden und fragen, ob das Abstraktionsniveau des Vortrags nicht insofern zu hoch war, als es Verfassungsgerichte und Höchstgerichte gemeinsam behandelt hat. Funktionieren Höchstgerichte nicht ganz anders als Verfassungsgerichte? Macht dies nicht eine grundsätzliche Unterscheidung erforderlich, um sehen zu können, dass der EuGH als ein Höchstgericht ganz andere Mechanismen der Entscheidungsfindung hat als der EGMR als ein Verfassungsgericht, ebenso das Bundesverfassungsgericht im Vergleich zum Bundesgerichtshof? Hier liegt eine grundlegende Differenz, die bei aller Freude an abstrakter Begriffsbildung notwendig erscheint, um die Phänomene sinnvoll beschreiben zu können. Vielen Dank.

Engel: Beim Hören dieser beiden ausgesprochen interessanten Referate hatte ich den Eindruck, das sei ein Gegenstand, bei dem man Grund hat, auch auf die Akteure zu achten. Oder anders gesagt: die doch ziemlich naheliegende Einsicht kam in den Referaten relativ wenig vor, dass Gerichte, wenn sie in Wahrheit das Recht bilden, Macht ausüben. Dem möchte ich die provozierende Gegenfrage von Richard Posner entgegenhalten: Was maximieren Richter? Antwort: Dasselbe wie Jedermann sonst. Was heißen würde, Geld, oder möglichst wenig tun für möglichst viel Einkommen. Sie lachen zu Recht. Diese Motive erscheinen uns völlig inadäquat. Aber die Frage ist deshalb nicht inadäquat,

sondern dadurch wird sie erst richtig interessant. Wir glauben, und ich denke zu Recht, daran, dass das viel zu plump ist. Aber deswegen geschieht Rechtsprechung noch nicht in einem Raum frei von Interessen. Wer in einem Höchstgericht eine Aufgabe erfüllt, hat Freude daran, zu gestalten. Und er gestaltet, wohlwissend, dass ihm jede Form von Inputlegitimation abgeht. Er hat ein Amt, und er kann handeln. Die Frage ist, warum man erwarten soll, dass trotzdem keine Willkür geschieht. Zu dieser Frage, denke ich, haben Sie beide sehr hilfreiche Beiträge geleistet, sie haben es nur nicht unter dieser Perspektive getan. Bei Ihnen, Herr Schönberger, habe ich sehr viel über den institutionellen Kontext als Bindungsressource herausgehört. Und bei Ihnen, Frau Albers, habe ich herausgehört, dass soziale und diskursive Praxis – in ökonomischen Kategorien gesprochen – eine relativ strukturierende Opportunitätsstrukturen schaffen, die viel mehr Verlässlichkeit in diesen Prozess hineinbringt als die simple Beobachtung, die haben die Macht.

von Arnim: Vielen Dank. Ich möchte versuchen, einen Bogen zu schlagen zur gestrigen Diskussion. Wir sprachen da über Fachrationalität und politische Rationalität. Kann man nicht im Großen und Ganzen die Arbeitsweise der Gerichte als durch eine spezifische richterliche Rationalität gekennzeichnete Arbeitsweise ansehen, während die normale Gesetzgebung eben auch als sehr stark von politischer Rationalität gekennzeichnet ist? Mich hätte, wenn man dem halbwegs folgt, interessiert, welches das Spezifikum richterlicher Rationalität im Unterschied eben zur politischen Rationalität ist. Darüber habe ich aber, glaube ich, nichts gehört außer eben zum Beispiel im Diskussionsbeitrag von Herrn Hoffmann-Riem, der das aber in ein ganzes Lehrbuch hinein verlagern will. Vielleicht ist die damit angesprochene umfassende Thematik ein Grund dafür, das hier zu übergehen. Aber lohnt es nicht zu fragen, welche Rolle hier Prinzipien, welche Rolle Regeln spielen, welche Rolle die Optimierung von Verfassungswerten spielt, alles vornehmlich aus der Sicht des Verfassungsgerichts? Könnte man nicht sagen, dass die Aufgabe der Rechtsprechung auch als *fleet in being* nicht nur in ihren tatsächlichen Entscheidungen darin besteht, der politischen Rationalität soviel richterliche Rationalität abzurufen wie irgend möglich? Das war der erste Punkt, den ich ansprechen wollte. Der zweite ist: Die Richter entscheiden ja nur auf Antrag. Wo kein Kläger, da auch kein Richter. Nun haben wir z.B. beim Euro-Rettungsschirm ja das Problem, dass das Bundesverfassungsgericht es abgelehnt hat, über die Vereinbarkeit des Rettungsschirms mit Europarecht zu entscheiden. Der EuGH wird aber nicht angerufen werden, jedenfalls besteht keine Möglichkeit des *civis ex populo*, ihn anzurufen. Wir haben also hier eine Situation, wo

vielleicht hunderte von Milliarden den Steuerzahler, den Bürger belasten, und trotzdem keine Klagbarkeit für ihn besteht. Liegt nicht auch hier – beim Ausschluss der Klagbarkeit durch die Gesetzgebung, wenn also die Politik dem Bürger die Klage gegen die Politik verweigert – eine problematische Entscheidung in eigener Sache vor? Damit bin ich wieder bei meinem Thema. Vielen Dank.

Waechter: Ich möchte etwas dazu sagen, warum die Überlegungen im heutigen Themenfeld so oft damit anfangen, dass die Methodenlehre nichts mehr bringt und so häufig damit enden, dass aber alles *lege artis* stattfinden muss. Wir sind uns darüber einig, jedenfalls mit Ihnen, Herr Schönberger, dass Urteile, die behaupten, Rechtsanwendungen zu sein, keine Rechtsanwendungen sind. Kelsen hat gesagt, alles ist Rechtsetzung. Das ist so, das lässt sich m.E. theoretisch nicht bestreiten. Das kann aber ein Richter nicht akzeptieren in der Praxis. Warum nicht? Erstens wird er von den Parteien beleidigt, weil er nicht die Legitimation hat, wenn er zugibt, dass er nicht Rechtsanwendung macht. Zweitens eröffnet dieses Zugeben den Spielraum zulässiger Argumente. Er müsste sich dann auch mit entgegenstehenden politischen Argumenten auseinandersetzen. Das will er nicht, das kann er nicht, das haben wir nicht gelernt. Also, jedes Urteil, das in Anspruch nimmt, Gesetzesauslegung zu sein, ist eine Fiktion. Eine Fiktion ist kontrafaktisch. Kontrafaktische Behauptungen werden ungern und nur unter bestimmten Bedingungen geglaubt. Wenn also ein Höchstgericht eine Entscheidung treffen will unter der Behauptung, das sei Gesetzesanwendung, muss es a) die Instanzgerichte, den Verbund überzeugen, b) die öffentliche Meinung. Das ist mir etwas kurz kommen. Wann kann diese Überzeugung gelingen? Welche Kriterien gibt es dafür? Und jetzt schließt sich der Zirkel in unangenehmer Weise, nämlich die Überzeugung gelingt nur dann, wenn das Gericht dartun kann, dass es *lege artis* gehandelt hat. Wieso ist also dieser Widerspruch im Zirkel da? Weil eine Fiktion begründet werden muss, also eine Behauptung, die unwahr ist. Infolgedessen kann das nie gelingen, muss aber gelingen. Ein zweiter Punkt ist mir ein bisschen zu kurz gekommen, aber angesprochen worden: Es geht um Menschen. Sie haben es angesprochen, die Bereitschaft der Richter, dem Gesetz zu folgen. Ein wichtiger Punkt. Wenn der Richter nicht vermittelt, dass er diese Bereitschaft hat, sowohl im Prozess wie in seinem sonstigen Verhalten, dann öffnet er auch diesen Anwendungsbereich für andere Argumente und suggeriert, dass er sich diesem weiteren Argumentationsfeld aussetzen muss. Danke.

Gallwas: Zunächst ein Kompliment an Frau Albers. Wenn wir in der Vereinigung jemanden hätten, der über die Formulierungskraft von Heinrich von Kleist verfügte, dann würde er vielleicht Ihren Vortrag unter die Überschrift stellen: „Über die allmähliche Formatierung der Rede durch das Format. Wobei mit Format nicht nur der informationsgeprägte Begriff gemeint ist. Dies vorab und nebenbei. Ich habe ein Problem mit der These 15 von Herrn Schönberger. Sie schreiben dort, dass die Höchstgerichte schlecht gerüstet seien, was die demokratische Legitimation ihrer Entscheidungen angeht. Wenn man jedoch in das Grundgesetz schaut, ergibt sich vielleicht doch eine Legitimationsgrundlage, und zwar in der Bestimmung, die Sie, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, genannt haben, in Art. 20 Abs. 3. Nur wenige von uns haben sich intensiv mit der Entgegensetzung von „Gesetz und Recht“ beschäftigt. Der Frage stellt sich: Warum ist die Rechtsprechung, warum ist die Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden und die Gesetzgebung nur an die verfassungsmäßige Ordnung? Es wäre vielleicht doch sinnvoll, mal über den Gegensatz von Gesetz und Recht in anderer Weise nachzudenken als dies, bis heute zumal in den Kommentaren, geschehen ist. Das Wort „Recht“ ist hier mitnichten ohne eigene Aussagekraft. Es bezieht sich auf die Einzelfallentscheidung, Gesetz dagegen auf das Allgemeine, eben auf die abstrakte und generelle Regelung. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Soraya-Entscheidung auf diese Spannung erstmals hingewiesen. Aber dieser Ansatz ist von der Wissenschaft nicht aufgegriffen worden, vor allem nicht als eigenständige verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage für das, was Rechtsprechung ausmacht, nämlich im Einzelfall auch mal vom Gesetz abzuweichen, um Recht zu verwirklichen und, freilich in verfassungsrechtlicher Weise gebunden, zu definieren, was im Einzelfall auch gegen das Gesetz Recht sein könnte. Ich habe als Student bei Wintrich, dem damaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts die Vorlesung gehört. Herr Wintrich hat uns die Drittwirkungsentscheidung erklärt. Er sagte uns, das Gericht sei der Meinung gewesen, es dürfe im Hinblick auf § 826 BGB nicht bei der bisherigen Auslegung bleiben, vielmehr müsse man, um dem Einzelfall Lüth gerecht zu werden, den Grundrechten eine andere Wendung geben. Die Drittwirkung ist unterdessen überholt. Heute arbeiten wir mit der Schutzwirkung der Grundrechte. Aber die Grundlage dafür liegt letztlich in der Entgegensetzung von Gesetz und Recht. Eine letzte Bemerkung zu Herrn Schönberger. Ich möchte anregen, in der Ziffer 26, wo er den Art. 20 Abs. 3 GG gewissermaßen fachgerichtsbarkeitsbezogen interpretiert, nach dem „ist“ einzufügen: „in erster Linie“. Auch das Bundesverfassungsgericht ist vor allem in seinen Grundrechtsentscheidungen nicht nur an

das Gesetz, an das Grundgesetz gebunden, sondern eben auch „an Recht“. Vielen Dank.

H.-P. Schneider: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren. Frau Albers, mir hat sehr gut gefallen, dass Sie von einer Dialogkultur zwischen den Obergerichten gesprochen haben und hier gewissermaßen eine Art richterlichen „Diskurs“ entdecken. Dies hat natürlich auch eine demokratische Komponente und legitimiert die höchstrichterlichen Entscheidungen in besonderer Weise, wenn man in diesen Diskurs auch die Wissenschaft und die Öffentlichkeit mit einbezieht. Allerdings ist dieser Diskurs keine Einbahnstraße, sondern er bezieht sich – so wie ich Sie verstanden habe – in gleicher Weise mindestens auf alle Obergerichte, vielleicht überhaupt auf die gesamte Gerichtsbarkeit. Dabei fallen mir insbesondere die Landesverfassungsgerichte ein, die nach meinem Eindruck eigentlich vom Bundesverfassungsgericht viel zu wenig beachtet und in Bezug genommen werden. Ich kenne nur ganz wenige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Sie können mich korrigieren –, in denen irgendwann einmal mehr zufällig ein Landesverfassungsgericht zitiert worden ist. Das gibt es sehr eher selten. Man blickt in Karlsruhe lieber in den hehren Himmel der ewigen Werte, aber nicht auf die Niederungen der Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Dies nur am Rande, das ist nicht mein Hauptgegenstand.

Auch Ihr Referat, Herr Schönberger, verdient ganz überwiegend Zustimmung. Deshalb bitte ich meine kritische Anmerkung nicht falsch zu verstehen. Sie bezieht sich auf These 26, zu der entschiedenen Widerspruch anmelden möchte. Der Art. 20 Abs. 3 GG – Herr Gallwas hat das gerade gesagt – ist natürlich verfassungsrechtlicher Maßstab auch für das Bundesverfassungsgericht. Das lässt sich überhaupt nicht trennen. Wenn man das so sieht, kommt man auch mit einer institutionellen Betrachtungsweise m.E. wenig weiter, sondern nur mit einer funktionellen Sicht, die im Grunde beim Gewaltenteilungsprinzip ansetzt, auch wenn sich das Bundesverfassungsgericht dort schwer einordnen lässt. Wenn man das funktionell sieht und auch das Bundesverfassungsgericht in das Gewaltenteilungsschema einfügt, dann folgt daraus gegenüber den höchstrichterlichen Entscheidungen, die bei der Urteilsverfassungsbeschwerde zu überprüfen sind, dass abgestufte Kontrollmaßstäbe zur Anwendung kommen müssen. Ich erinnere nur an das, was von einst von Hesse, Schuppert, auch von Rinken und mir entwickelt worden ist: nämlich zu differenzieren zwischen Inhaltskontrolle, Ergebniskontrolle und Vertretbarkeitskontrolle. Was die Methodenfrage angeht, würde ich immer sagen: niemals Inhaltskontrolle, viel-

leicht einmal Vertretbarkeitskontrolle, jedenfalls aber Ergebniskontrolle. Das ist unerlässlich. Vielen Dank.

Jachmann: Ich möchte an die Kernaufgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung anknüpfen, Rechtsfortbildung zu betreiben und Divergenzen zu vermeiden. Schon diese Aufgabenstellung bedingt zwingend eine nicht nur faktische Präjudizienbildung – und dies in einem konkreteren Sinne als die beiden Referenten es gesehen haben, nämlich unmittelbar über Art. 3 Abs. 1 GG (Rechtsprechungsgleichheit). So kann schon dasselbe Bundesgericht Parallelfälle nicht frei in unterschiedlicher Weise entscheiden, nur weil der eine Richter meint, dies läge in seiner richterlichen Unabhängigkeit, und der andere Richter meint, die Rechtslage wäre anders. Handelt es sich um zwei verschiedene, beide zuständige Senate, muss der Große Senat entscheiden. Weicht ein Senat von seiner eigenen Rechtsprechung ab, bedarf es ggf. des Vertrauensschutzes, wie ihn der Große Senat des BFH ja auch bejaht hat. M. E. ist materiell bei Art. 3 Abs. 1 GG anzusetzen, und das führt dann auch zur Rechtfertigung von Vertrauensschutz gegenüber Rechtsprechungsänderungen. Denn nur, wenn ein höchstrichterliches Judikat eine normative, zwar nicht im engeren Sinne Gesetzeskraft, aber doch rechtliche Kraft hat – jedenfalls im Sinne einer präsumtiven Verbindlichkeit –, kann auch Vertrauensschutz relevant werden. Hieran schließt sich dann die weitergehende Frage an, ob nicht auch die Verwaltung, natürlich im Steuerrecht besonders virulent, an höchstrichterliche Entscheidungen gebunden ist.

Gestatten Sie mir nun noch abschließend ein Wort zu den gerügten Eigenzitat. Damit wird präzise ständige Rechtsprechung kreiert und es werden unnötige Wiederholungen vermieden. Danke.

D. Dörr: Liebe Kolleginnen und Kollegen! Ich möchte auch aus Zeitgründen aus den beiden faszinierenden Vorträgen nur einen Punkt herausgreifen, nämlich die Frage, die Sie, Herr Schönberger, vertieft haben: Inwieweit soll das Verfassungsgericht höchstrichterliche Rechtsfortbildung kontrollieren dürfen und kontrollieren sollen? Sie haben dort eine These entwickelt, der ich mit Herrn Schneider widersprechen möchte. Sie plädieren dafür, die Kontrolle auf eine Solange-Formel zurückzunehmen. Damit werden Sie, so glaube ich, dem Verfassungsgericht bei der Wahrnehmung seiner Kontrolltätigkeit nicht ganz gerecht. Ich teile Ihren Ausgangspunkt, dass man natürlich vor einem Dilemma steht. Auf der einen Seite spricht die Gesetzesbindung des Art. 20 III GG für eine weit reichende Kontrolle und auf der anderen Seite darf das Bundesverfassungsgericht selbstverständlich keine Su-

perrevisionsinstanz sein. Aber das ist dem Verfassungsgericht m.E., und da knüpfe ich an Herrn Hoffmann-Riem an, sehr wohl bewusst gewesen und weiterhin bewusst. Und es hat auch durchaus Formeln entwickelt, um das Problem zu lösen. Ich möchte Sie deshalb fragen, ob nicht diese vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Formel vielleicht der Sachlage besser gerecht wird. Es hat nämlich, um diesem Dilemma gerecht zu werden, in beiden Senaten schon seit geraumer Zeit die objektive Willkürkontrolle durchgeführt und daran versucht zu messen, ob die Regeln de lege artis eingehalten sind oder nicht. Ist nicht die Willkürformel sehr viel besser geeignet, um eben dem Dilemma, bei der Einzelkontrolle nicht zu weit zu gehen, aber auf der anderen Seite auch Maßstäbe einhalten zu müssen, gerecht zu werden? Vielen Dank.

Birk: Ich würde gerne eine Anmerkung zu dem Referat von Herrn Schönberger machen und auch eine Frage anschließen. Sie haben Ihr Referat mit der Grundaussage der Bindung des Richters an das Gesetz begonnen, und ich denke, das ist auch der Ausgangspunkt, denn die sachliche und persönliche Unabhängigkeit des Richters rechtfertigt sich nur aus der strikten Gesetzesbindung. Der Richter ist eben nur dem Gesetz verpflichtet. Die Frage ist nur, wie ist zu verfahren ist, wenn eine Funktionsstörung eintritt, wenn also der Richter sich aus der Gesetzesbindung befreien möchte. Aus meiner Sicht gibt es zwei Möglichkeiten, die eine ist die, die die Verfassung selbst vorsieht, nämlich die Vorlage nach Art. 100 an das Bundesverfassungsgericht. Das ist mühsam und mit vielen Risiken verbunden, aber es ist der von der Verfassung vorgegebene Weg. Viel schwieriger ist der Fall, dass der Richter sich argumentativ aus der Gesetzesbindung befreien will, also unter Umgehung der Richtervorlage. Das führt dann zur Frage, was ist die richtige Methode der Gesetzesanwendung. Und da möchte ich auf einen Fall hinweisen, der im Juli dieses Jahres vom Bundesfinanzhof entschieden worden ist. Der 6. Senat hat nämlich gegen den Wortlaut des Gesetzes, gegen die Entstehungsgeschichte und gegen die eindeutige Anordnung des Gesetzgebers entschieden, dass Aufwendungen für das Erststudium abzugsfähig sind.¹ Der Gesetzgeber hat es aber genau andersherum geregelt. Ich kann jetzt aus Zeitgründen nicht darauf eingehen, wie die Vorgeschichte dieser Vorschrift war. Aber es ist klar, der Richter, der 6. Senat, stellt sich gegen das Gesetz mit einem argumentativen Versuch, der aber nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht überzeugen kann. Was macht man in einem solchen Fall? Sie kön-

¹ BFH vom 28. 7. 2011, VI R 38/10 und VI R 7/10, FR 2011, 259 und DStR 2011, 1559.

nen natürlich, Frau Albers hat das auch gesagt, darauf hinweisen, dass der Gesetzgeber den Richter wieder korrigieren kann. Aber recht viel klarer als der Gesetzgeber es schon geregelt hat, kann man es nicht regeln. Es steht im Gesetz, dass Aufwendungen für ein Erststudium nicht abzugsfähig sind. Die Solange II-Formel funktioniert nicht, denn der Staat, der Fiskus kann sich nicht an das Bundesverfassungsgericht wenden, selbst wenn er es wollte. Es gibt keine Korrektur. Der sog. Nichtanwendungserlass nutzt nichts, denn der nächste Fall geht wieder an den 6. Senat, der dann möglicherweise an seiner gesetzeswidrigen Spruchpraxis festhält. Welche Möglichkeit gibt es, eine solche grundlegende Funktionsstörung, die, wie das Beispiel zeigt, nicht nur theoretischer Natur ist, zu bewältigen?

F. Kirchhof: Auch ich habe zu danken für zwei sehr erfreuliche Referate; nur der Zeitdruck verhindert es, dass ich das weiter ausführe. Deshalb darf ich gleich zu den Kritikpunkten kommen, die ich an Herrn Schönberger wegen seiner Thesen 25 und 26 richten will. Sie betreffen das Bundesverfassungsgericht als Superrevisionsinstanz. Hier glaube ich, dass wir Probleme, die sich sowohl in der Praxis als auch in der Dogmatik erledigt haben, nicht ständig wieder aufrühren sollten. Auch in unserer Wissenschaft gibt es Fragen, von denen man feststellen kann, dass Sie endgültig beantwortet wurden, und sich damit zufrieden geben kann. Die größte Zahl unserer Entscheidungen besteht aus Annahmearabweisungen ohne Begründung. Hier taucht das Thema einer Superrevisionsinstanz überhaupt nicht auf. Viel geringer ist die Zahl der Entscheidungen, die fachgerichtliche Judikate aufheben. Da sie manchmal spektakuläre Fälle betreffen, konzentriert sich die öffentliche Wahrnehmung darauf; dass verstellt die Sicht auf das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit etwas. In der Praxis tauchen in dieser Hinsicht aber kaum Probleme auf. Wir versuchen, der Gefahr der Superrevision auch durch eine zurückhaltende Anwendung des Art. 3 GG zu begegnen. Das Bundesverfassungsgericht hebt eine fachgerichtliche Entscheidung nur auf, wenn Sie objektiv willkürlich ist, unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar ist und offensichtlich auf sachfremden Erwägungen beruht. Eine unzutreffende Rechtsanwendung allein wird nicht berücksichtigt. Ich glaube, dass mit dieser Formel klare und einsichtige Konturen zur Erhaltung der Selbstständigkeit der Fachgerichtsbarkeit unter gleichzeitiger Wahrung verfassungsrechtlicher Anforderungen an die dritte Gewalt vorhanden sind. Auf diese Weise gehen wir auch bei der Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV vor. Auch dort nimmt das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung weit zurück und prüft nur, ob es vernünftige

Gründe gibt, warum ein Gericht nicht vorgelegt hat. Hier kann man sich kaum noch weiter zurückhalten. Die Formel von der objektiven Willkür als Voraussetzung der Aufhebung fachgerichtlicher Judikate birgt zudem ein psychologisches Problem. Wenn man nur bei objektiver Willkür korrigieren darf, muss man an die Richter eines Fachgerichts diesen erheblichen Vorwurf im Einzelfall auch ausdrücklich richten. Zu Anfang der Anwendung der Willkürformel ist der Fall vorgekommen, dass der Senatsvorsitzende eines obersten Bundesgerichts sich um vorzeitige Beendigung seines Dienstes mit dem Hinweis bemüht hat, wenn ihm Karlsruhe so etwas Ungeheuerliches vorwerfe, wäre er ein schlechter Richter. Der Fall klingt heute vielleicht amüsant, war aber für den betroffenen Richter sicher ein persönlich tiefgreifender Konflikt.

Wenn sich die Frage nach der objektiven Willkür eines fachgerichtlichen Urteils stellt, muss man allerdings – Herr Hoffmann-Riem hat das schon ausgeführt – die zur Gesetzesauslegung vom Fachgericht verwendete Methode mit berücksichtigen. Wo Gesetzesbindung besteht, kann im Rechtsstaat nur *lege artis* unter Einbeziehung der zulässigen Methoden geurteilt werden. Unsere Entscheidung zur Dreiteilungsmethode bei der Berechnung des nachehelichen Unterhalts, die Herr Schönberger als Beispiel angeführt hat, stellte diese Methode in erster Linie dar, um zu erklären, wie der BGH zu seinem fachgerichtlichen, auf den ersten Blick schwer verständlichen Urteil kam. Entscheidend war aber die Ergebniskontrolle des Urteils, in der sich herausstellte, dass der BGH eine kurz zuvor vorgenommene Gesetzesänderung nicht nachvollzogen, sondern den Willen des Gesetzgebers und den Normtext konterkariert hatte.

Im Verhältnis zu den Fachgerichten steht das Bundesverfassungsgericht fast in derselben Distanz wie nach der Solange II-Entscheidung zur europäischen Rechtsprechung. Natürlich verwenden wir dieses Etikett nicht für das Verhältnis zu den deutschen Fachgerichten, weil Solange II für eine andere Perspektive reserviert ist und eine identische Bezeichnung nur zur Verwirrung führen würde. Im Ergebnis haben wir uns aber gegenüber den Fachgerichten in ähnlicher Weise sehr weit zurückgezogen. In der Praxis dürfte deswegen die Frage der Superrevisionsinstanz längst beantwortet sein und keine Probleme mehr aufwerfen.

Huster: Ich möchte an Einiges anknüpfen, das schon gesagt worden ist, und insbesondere möchte ich daran anknüpfen, dass wir wirklich zwei außergewöhnlich gute, ganz exzellente Referate gehört haben. Vor diesem Hintergrund möchte ich trotzdem ein kleines Unbehagen zum

Ausdruck bringen und einige Punkte aus methodischer Sicht aufgreifen. Was Rechtswissenschaft ist, ist schwer zu sagen, aber jedenfalls werden wir uns darauf verständigen können, dass es sich irgendwie um eine praxis- oder anwendungsbezogene Wissenschaft handelt. Das zeigt sich u.a. daran, dass wir auch junge Juristen ausbilden. Da scheint es mir unumgänglich zu sein, dass wir die juristische Praxis nicht nur beobachten und beschreiben; wir müssen den jungen Leuten auch sagen, wie es denn richtig gemacht werden soll. Wir müssen also auch normativ sein. Beide Referate haben jetzt aber eine sehr stark deskriptive Beobachterperspektive eingenommen. Herr Schönberger hat dann versucht, im dritten Teil seiner Ausführungen, insbesondere in dieser ganz umstrittenen These 26, aus dem Verfassungsrecht noch gewisse normative Vorgaben abzuleiten. Ich habe gar nichts in der Sache gegen die These 26; ich darf ja auch ganz unbefangen sagen, dass mir z.B. die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Unterhaltsrecht etwas naseweis vorkam. Was mich dann aber wundert, ist, dass Sie in These 26 sagen, das Verfassungsgericht solle kontrollieren, ob strukturell den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung genügt wird. Wenn ich das richtig verstanden habe, sind das die gleichen Methoden der Gesetzesauslegung, von denen Sie vorher gesagt haben, die seien weder Hilfe noch Kontrolle. Ich will das gar nicht kritisieren, aber hierin kommt ein Spannungsverhältnis zum Ausdruck, nämlich ein Spannungsverhältnis zwischen der Beobachterperspektive, aus der man immer sagen kann, das taugt alles nichts, und der Teilnehmerperspektive, die wir notwendigerweise immer einnehmen müssen, wenn wir uns als Teilnehmer an diesem juristischen Diskurs verstehen. Auf diese Teilnehmerperspektive können wir aber nicht verzichten, weil es schon wichtig ist, dass z.B. ein Richter von seinem Selbstverständnis her Rechtsanwendung und nicht Rechtsetzung betreibt. Wir müssen auch den Studenten diesen Unterschied klar machen. Deswegen wäre meine Rückfrage: Wie kommen die für die juristische Praxis und vor allem auch für die Ausbildung wichtigen Elemente des juristischen Selbstverständnisses dieser Teilnehmerperspektive bei Ihnen wieder ins Spiel? Vielleicht ist das die Frage nach einer neuen Methodenlehre, das kann schon sein. Aber was bedeutet das dann?

F. Reimer: Frau Albers und Herr Schönberger haben gleichermaßen überzeugend dargelegt, dass ein Judikat nicht nur das Ende eines Kommunikationsvorgangs ist, sondern zugleich der Beginn eines neuen – und zwar eines neuen Kommunikationsprozesses, der multidimensional ist, der also viele Adressaten hat: nicht nur die Parteien, die überzeugt sein wollen, sondern auch die Obergerichte, die Höchstgerichte,

das Bundesverfassungsgericht, der EGMR, der EuGH. Das ist überzeugend. Aber müssen wir diese Problembeschreibung, diese Analyse nicht vertiefen? Skeptisch gefragt: Kann eine solche multifunktionale oder multidimensionale Kommunikation überhaupt gelingen? Etwas weniger skeptisch gefragt: Welche Hilfen können wir entwickeln, um diese Kommunikation zu verstehen, um die verschiedenen Botschaften abzuschichten? Welche Hilfen können wir unseren Studierenden an die Hand geben? Meine kleine Spitze gegenüber dem Zweitberichterstatte kann ich verkürzen. Die These von der Fragwürdigkeit der überkommenen Methodenlehre erinnert stark an das Diktum von Karl Kraus: „Ich schnitze mir meinen Gegner nach meinem Pfeil zurecht.“ Jedenfalls mutiert die fragwürdige „überkommene Methodenlehre“ zu den „anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung“, wie soeben dargelegt worden ist. Vielen Dank.

Häberle: Herr Vorsitzender, verehrte Kolleginnen und Kollegen! Wenn man sich selbst dem „Winter des Altertums“ nähert, freut man sich über große Erkenntnisgewinne auf Seiten der wissenschaftlichen Jugend, wie sie heute geglückt sind. Mein Wort von der „Jugend“ bezieht sich natürlich nur auf Frau Albers ... Zu Recht haben die beiden Referate viel Zustimmung erfahren. Was haben wir heute erlebt? Geglückt ist eine feine Revision der herkömmlichen Rechtsquellenlehre, wobei die Metapher „Quelle“ in Frage zu stellen ist. Es gibt keinen *numerus clausus* der Rechtsquellen, wie man an den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ nicht nur des EuGH, sieht. Zustimmung verdient die Aufwertung des Richterrechts in Leitsatz 7 von Herrn Schönberger zum Normalfall hin bzw. die Annäherung an eine pluralistische Rechtsquellenlehre. Ich begrüße sehr die Wortschöpfung „Rechtsprechungsrecht“ bzw. „Rechtsprechungsverbund“ (Frau Albers). Darf ich noch kurz vier Fragen stellen? Für mich gehört neben die Kunst behutsamer *obiter dicta* bzw. von leisen Rechtsprechungsänderungsankündigungen – Ausdruck des Gesamtrahmens von „Zeit und Verfassung“ – das maßvolle verfassungsgerichtliche Sondervotum als Reservoir und Potenzial hierher. Sondervoten sind Teil des „Rechtsprechungsrecht“ und haben sich in großer Tradition vielfach bewährt, zunächst in den USA, aber auch anderen Orts, wie in Brasilia und in Straßburg. In Deutschland denken wir an die bahnbrechenden Wirkungen der Sondervoten von Frau Rupp von Brünneck und eines solchen von Herrn Grimm. Sondervoten können im „Kommunikationsprozess“ sehr fruchtbar wirken. Spanien kennt sie auf Verfassungsstufe, die Corte in Rom und der EuGH haben sie leider noch nicht. Ausnahmsweise jetzt ein kritisches Wort. Frau Albers spricht in Bezug auf den EuGH von der bloßen

„Wahrung des Rechts“ (Leitsatz 9). Dieser Ansatz ist mir zu eng, es geht in Luxemburg substantiell auch um Fortbildung des Europäischen Verfassungsrechts. Zuletzt eine abschließende Bemerkung rechtsvergleichender Art. Die beiden Referenten behandelten immer nur die Verfassungsgerichtsbarkeit – mit ihr muss jedoch von vorneherein ein Blick auf das Verfassungsprozessrecht geworfen werden. Es ist „konkretisiertes Verfassungsrecht“. Hier ein vergleichender Blick: Der Supreme Court in Brasilia vitalisiert das Verfassungsprozessrecht seit einigen Jahren unter seinem Präsidenten Gilmar Mendes in vorbildlicher Weise – dieser hat übrigens vor Jahrzehnten bei Herrn Erichsen in Münster promoviert. Der brasilianische Konstitutionalismus ist in Lateinamerika pionierhaft tätig. In Brasilia werden die öffentlichen Hearings und das Institut „Amicus curiae“, von der Wissenschaft vorbereitet, vom Gesetzgeber begleitet, mit großem Erfolg eingesetzt, um Teile der betroffenen Zivilgesellschaft in das verfassungsgerichtliche Verfahren zu integrieren und das Verfassungsprozessrecht zu öffnen. Dies geschieht weit über unseren neuen § 27a BVerfGG hinaus.

Eifert: Ich habe eine schlichte Frage an Marion Albers. Ich habe das Referat verstanden als eine institutionell eingefärbte kommunikationstheoretische Rekonstruktion der Rechtsprechungszusammenhänge. Und im Kern schienen Sie mir eine affirmative Haltung zur Multifunktionalität dieser Rechtsprechung im Kommunikationsverbund einzunehmen, woran meine Frage anschließt: Liegt im Zuge einer solchen Perspektive nicht auch die Frage nach einer notwendigen Ausdifferenzierung der Formate nahe? Eine solche Ausdifferenzierung klingt in These 13 an, in der auch eine nichtrechtliche und informelle Kommunikation eingeführt wird, die davor noch keinen rechten Ort hatte. Aber liegt es dann nicht nahe, dass die Rechtsprechung als Format funktional überfordert zu werden droht, wenn Unklarheit darüber herrscht, welche Passage auf welcher Kommunikationsebene an welchen Adressaten mit welchem Inhalt eigentlich kommuniziert werden soll? Und wäre in diesem Fall nicht die logische Konsequenz, dass man dann stärker auf eine Trennung der Formate drängt und dafür aus einer kommunikationswissenschaftlichen Perspektive vielleicht die umfangreiche Begleitkommunikation stärker mit in den Blick nimmt, die ja von den Gerichten auch zunehmend betrieben wird und die das Rechtsprechungsformat als solches für einzelne Kommunikationsbeziehungen stark entlasten kann? Insoweit also die Frage, ob nicht an Ihre kommunikationstheoretische Analyse ein zweites Kapitel der Ausdifferenzierung der Formate anzuschließen wäre?

Kotzur: Vielen Dank. Ich darf meine Frage ein Stück weit an Herrn Reimer und Herrn Eifert anschließen und auch die Kommunikationsperspektive ins Blickfeld nehmen. Sie, Frau Albers, haben wunderbar dargestellt, dass gerichtliche Entscheidungen ein Kommunikationsformat und damit letztlich auch Kommunikationsakte sind. Sie markieren folglich nicht den Abschluss eines Prozesses, sondern wollen immer neue Kommunikationsprozesse anstoßen. Für die konkrete Entscheidung, für den konkreten Einzelfall, mag gewiss ein eindeutig entschiedener Abschluss unverzichtbar sein, aber kommunikationstheoretisch geht es von Ihrem Ansatz aus „in abstracto“ immer weiter, was ich sehr inspirierend und sehr einleuchtend finde. Und damit verbindet sich eine Frage. Wenn man Ihrem kommunikationstheoretischen Ansatz folgt, relativiert sich dann damit nicht im Rechtsprechungsverbund letztlich auch die Frage nach der Letztentscheidungskompetenz? Diese Frage ist nicht mehr so entscheidend, weil zwar im Einzelfall immer letztentschieden wird, damit aber zugleich immer neue Kommunikationsprozesse einen neuen Anstoß finden. Und wenn man dieser Kommunikationstheorie folgt, dann glaube ich, kann man das Kooperationsverhältnis, das das Bundesverfassungsgericht zwischen EuGH, BVerfG, EGMR angesprochen hat, als ein solches Kommunikationsverhältnis deuten. Und ich glaube, das ist bei allen „Unkonkretheiten“, die damit verbunden sind, ein sehr, sehr hilfreicher Ansatz. Erlauben Sie mir, ein Bonmot zu zitieren, das im letzten Jahr der britische Richter Sir Konrad Schiemann beim Freiburger Verwaltungsgerichtstag zum Besten gegeben hat – und zwar genau im Blick auf diese Frage der Letztentscheidungskompetenz. Er sagte in einer Podiumsdiskussion, das Geheimnis seiner glücklichen Ehe liege darin, dass die Frage der Letztentscheidungskompetenz stets offen geblieben sei. Das ist – *cum grano salis* – mit dem kommunikationstheoretischen Ansatz von Frau Albers sehr gut verallgemeinerungsfähig. Ganz herzlichen Dank.

Luther: Herzlichen Dank. Ich fühle mich meisterlich fortgebildet, habe aber einige Fragen, vorab zur Übersetzung der Terminologie von Frau Albers. „Rechtsprechungsrecht“ ist dem ohnehin schwer übersetzbaren „Richterrecht“ vorzuziehen und z.B. mit „*diritto giurisprudenziale*“ schön weiterzugeben. So wird es nicht notwendig zur Rechtsquelle, kann aber den ursprünglich rechtssoziologischen und in der Normenkontrollpraxis eingebürgerten Begriff des „lebenden Rechts“ bzw. des „*diritto vivente*“ ersetzen, der die „ständige Rechtsprechung“, im weiteren Sinne auch die Verwaltungs- und Staatspraktiken umfasst. Schwieriger zu übersetzen ist Rechtsprechungsverbund, weil darin der Verbundbegriff steckt, der seinerseits letztlich – wenn ich recht sehe –

eine Übersetzung bzw. Übertragung des Unionsbegriffs ist. Im Verbund steckt einerseits das Verbinden, andererseits das Verbünden, wobei das Verbinden eher objekt-, das Verbünden eher subjektbezogen gedacht werden kann. „Rechtsprechungsverbund“ ist nun gewiss angemessener als „Richterverbund“, was nach einer „Internationalen der Richter“ klänge. Mir ist jedoch einerseits nicht ganz klar, warum Ihnen nicht der Begriff „Rechtsprechungsnetzwerk“ gefällt, der vielleicht auch aus soziologischer Sicht naheliegender wäre. Im Verbund bleiben andererseits die „rechtlich vermittelten Verknüpfungen“ unklar, speziell wenn sie rechtsordnungsübergreifend sind. Beruhen diese Vermittlungen, auch soweit sie informelle Mechanismen sind, letztlich nicht vor allem auf Konventionalregeln, ja sogar auf Verfassungskonventionalregeln?

Noch kurz zur komparativen Analyse von Herrn Schönberger, speziell seiner These 13, die Common und Civil Law, Supreme Court und Cour de Cassation konfrontiert. Aus Sicht der Zivilrechtler ließe sich kritisch anmerken, dass heute eigentlich eine Tendenz zur Konvergenz der Rechtssysteme besteht und sich eher die Frage stellt, ob nicht gerade die Judikate der Verfassungsgerichte mittlerweile eine über die Präjudizienbindung hinausgehende eigene Rechtsquellenfunktion haben. Damit kommt man zur Frage, worin nun gerade das deutsche Modell besteht. Ganz kurz gefasst: es ist eine besonders richterorientierte Juristenausbildung, eine starke Einbeziehung von Professoren als Richter und eine umfangreiche Praxis der Zitierung von Lehrsätzen, die in anderen Ländern verboten ist. Diese Merkmale sichern die Qualität und Autorität der richterlichen Auslegung und stellen eine besondere interpretatorische Verbindung zwischen Rechtsprechung und universitärer „Jurisprudenz“ her. Ihre Tradition wird im Ausland als „das deutsche Modell“ verstanden.

Sydow: Ich möchte die instruktive Gegenüberstellung zweier Modelle der Höchstgerichtsbarkeit durch Herrn Schönberger um eine Beobachtung ergänzen, die viele Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen erklären kann: Man muss dazu die Frage stellen, wer eigentlich – Richter oder Parlamentarischer Gesetzgeber – für das Allgemeine und wer für das Besondere zuständig ist. In der deutschen Rechtsordnung erwarten wir die allgemeine Regel vom Gesetz. Die Gerichte leisten überwiegend eine Konkretion, eine Ausdifferenzierung dessen, was in allgemeiner Form bereits im Gesetz steht. Das britische Recht kennt dieses Verhältnis von Gesetz und richterlicher Spruchstätigkeit nicht; das Verhältnis ist letztlich genau umgekehrt: Das Common Law, das von den Gerichten festgestellt, entwickelt und fortentwickelt wird, hat den Anspruch der allgemeinen Regelung. Das Parlamentsgesetz ist

demgegenüber nur eine punktuelle Korrektur dessen, was das Common Law regelt. Dieser Unterschied beider Rechtsordnungen wird durch vieles abgestützt, das Herr Schönberger dargestellt hat: So führt etwa die differenzierte Gerichtsverfassung in Deutschland mit ihren Fachgerichtsbarkeiten und spezialisierten Senaten dazu, dass Rechtsprechung tendenziell ausdifferenziert und sehr konkret ist. Dies ist der Ausgangspunkt meiner Beobachtung. Dieser Grundunterschied zwischen beiden Rechtsordnungen hat nun eine Reihe von Folgen, von denen ich zwei herausgreifen möchte. Erstens stellen sich die Fragen der Superrevision, die Herr Schönberger in seiner These 25/26 dargestellt hat und die eben sehr kontrovers diskutiert worden sind, aus der Perspektive des britischen Rechts schon vom Ansatz her nicht. Denn es gibt keine so ausdifferenzierte Rechtsprechung, dass gefragt werden müsste, welche Kontrollfunktion ein Verfassungsgericht aus einer übergeordneten, verfassungsrechtlich eingeschränkten Perspektive wahrnehmen sollte. Die zweite Folge betrifft methodische Fragen, nämlich die Gesetzesauslegung. Bei aller methodischen Diskussion und Reflexion dominiert in Großbritannien die Wortlautinterpretation in einer Weise, die aus deutscher Perspektive teilweise naiv anmutet. Vor dem Hintergrund dessen, was das Parlamentsgesetz leistet, mag dies verständlicher sein, als es aus unserer Sicht zunächst erscheint. Wenn nämlich ein Gesetz immer nur eine punktuelle Korrektur ist, dann hat die Vorstellung, der Wortlaut reiche zur Gesetzesanwendung aus, eine höhere Plausibilität für sich, als wenn man diesen methodischen Ansatz für das hiesige Verhältnis von Gesetz und Rechtsprechung zu Grunde legen wollte.

Lepsius: Danke, Herr Sydow. Dazu liegt eine Spontanmeldung von Herrn Hans-Peter Schneider vor. Ich darf vielleicht für die neuen Mitglieder sagen, es gibt die alte Übung, dass man sich auf einen Redner direkt beziehen kann, wenn man beide Arme in die Luft streckt, dann sofort das Wort erhält, es aber nur für eine Minute behält.

H.-P. Schneider: Eine kleine Korrektur zum Common Law und zum vorigen Beitrag: Auch das Common Law kennt das sog. *reading in*, das „Hineinlesen“ von ungeschriebenen Normelementen in einen für unvollständig gehaltenen Gesetzeswortlaut, was bei uns methodisch als Analogie, als „Lückenfüllung“, als Interpretation „*praeter legem*“ oder gar als verfassungskonforme Auslegung betrachtet wird. Das „*reading in*“ ist akzeptiert, wenn auch unter sehr engen Voraussetzungen.

J.-P. Schneider: Bevor ich an die Diskussion zum Common Law anknüpfe, möchte ich die beiden Referate als Verbundreferate einstufen, die sich ganz wunderbar ergänzt haben und uns weiterführende Perspektiven eröffnet haben. Meines Erachtens ist nämlich die präzise Beobachtung von Rechtsentwicklungen, wie sie uns von Frau Albers geboten wurde, ein wesentlicher Baustein der Rechtswissenschaft, denn normativ einfangen kann man nur, was man zuvor genau analysiert und beschrieben hat. Hinsichtlich des Common Law möchte ich allerdings vor zu einseitigen Charakterisierungen warnen, wie sie sich eventuell in These 14 von Herrn Schönberger verbergen. Jedenfalls zeichnen sich englische Urteile keineswegs durch klare dogmatische Grundlegungen im Sinne von Grundsatzurteilen aus. So hat Lord Bingham, der frühere Lord Chief Justice of England and Wales, in seinem instruktiven Buch über die Rule of Law gerade beklagt, dass man oft gar nicht so genau erkennen könne, was die wirkliche ratio eines englischen Urteils sei. Denn während deutsche Urteile auch von Kollegialgerichten als zumindest dem Anspruch nach als einheitliche Stellungnahme formuliert werden und die Gerichte sogar amtliche Leitsätze formulieren können, ergehen englische Urteile als eine Zusammenfassung mehr oder minder konformer, oft aber sehr persönlich formulierter „speeches“ der einzelnen Richter. Eine Ausnahme besteht nur, wenn ein Richter sich auf ein schlichtes „I agree“ zur „speech“ des „Berichterstatters“ beschränkt. So ist es eine der wichtigsten Aufgaben der juristischen Ausbildung und Wissenschaft in England, aus den diversen „speeches“ eines Urteils eine konsistente ratio herauszufiltern oder nicht selten, diese zu konstruieren. Wie so oft in der Rechtsvergleichung gilt es also, sich vor allzu pauschalen Bildern zu hüten. Ferner möchte ich eine kleine Anmerkung zur These 17 von Herrn Schönberger machen.

Sicherlich haben wir eine ganze Reihe von Zugangsbeschränkungen bei unseren Höchstgerichten und deswegen besteht vielleicht eine Gefahr zur abstrakten Normbildung. Aber wir beobachten interessanterweise auch genau das Gegenteil. So müssen Höchstgerichte wie das BVerwG im Bereich der Infrastrukturplanung zunehmend erstinstanzlich mit umfangreichen Aktenordnern kämpfen und beim Bundesgerichtshof gibt es zweitinstanzliche Zuständigkeiten zur Entlastung der von den Bundesländern zu finanzierenden Oberlandesgerichte im für Verwaltungsrechtler eigentlich sehr interessanten Bereich der Abschiebehaft mit einer ganz erheblichen Fallzahl. Fachrichtern mit hinreichender spruchrichterlicher Erfahrung ist die Gefahr streitferner abstrakter Normbildung, die sich im Lichte späterer realer Streitfälle als unbefriedigende Selbstbindung erweisen, sehr bewusst, weshalb jedenfalls nicht wenige von ihnen obiterdicta aus guten Gründen sehr

scheuen. Meine letzte, wirklich wohlwollend kritische Anmerkung zu Herrn Schönberger betrifft seine These 25, denn wir haben heute zu Recht sehr oft gehört, dass Urteile im Kontext analysiert werden müssen. Dies wäre vermutlich auch bei dem bei These 25 angesprochenen Streit zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem BGH hilfreich gewesen. Vielleicht wäre die These bei stärkerer Berücksichtigung des Kontextes dann auch anders geraten. Mein letzter Punkt betrifft das schöne Referat von Frau Albers. Ihre Ausführungen zum Rechtsprechungsverbund interessieren mich als europäischer Verwaltungsrechtswissenschaftler natürlich sehr. Wie realistisch ist ein Verbund? Schon innerhalb der deutschen Höchstgerichte und erst recht zwischen diesen scheint es gelegentlich an einem echten Verbunddenken zu fehlen. Also wie realistisch ist also ein europäischer Rechtsprechungsverbund oder brauchen wir gar ein Verbundgericht von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten etwa in Kompetenzfragen? Vielen Dank.

Winkler: Herzlichen Dank. Ich bin wahrscheinlich durch eigene Schuld in diesen rechtsvergleichenden Block hineingeraten, weil mein Wortmeldungszettel zu kurz und dunkel formuliert war und deswegen seine Auslegung schwierig war. Ich zielte eigentlich eine Frage an Frau Albers, eher noch an Herrn Eifert an. Sie haben den unterschiedlichen Kommunikationsstil der verschiedenen Höchstgerichte sehr schön beschrieben, und ich finde, das ist eine Methodenlehre, die man durchaus auch benötigt. Es fällt auf, dass der Europäische Gerichtshof hier herausfällt durch besonders kurze und dunkle Begründungen. Ich habe bisher immer gedacht, das sei vor allem der französischen Rechtstradition geschuldet, die von ihm übernommen worden ist oder vielleicht auch ein bisschen professionelle Arroganz. Wenn man die Entscheidungen liest, dann ärgert man sich ja ganz gerne, gerade wenn der Generalanwalt lange Schlussanträge gemacht hat und wenn die Parteien viel vorgetragen haben und das alles überhaupt keine Berücksichtigung findet. Ihr Referat hat mir jetzt eine Idee eingegeben, da würde ich Sie bitten, zu sagen, ob die aus Ihrer Sicht zutreffend sein könnte, nämlich, dass der EuGH im Gegensatz zu nationalen Höchstgerichten und auch zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht in demselben Maße auf einen öffentlichen und wissenschaftlichen Diskurs über seine Entscheidungen und deren Begründungen zurückgreifen kann, wie er bei nationalen Gerichten selbstverständlich ist, wie es aber auch beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte der Fall ist. Da gibt es eine europaweite Diskussion, während, wenn man sich deutsche Entscheidungen, die mit Europarecht zu tun haben, aber auch die deutsche Literatur ansieht, deutsche Quellen zitiert werden, vielleicht mal eine

englische oder französische, sehr selten solche aus anderen europäischen Staaten. Könnte das der Grund sein, weshalb der EuGH sich in den Begründungen weise zurückhält: weil es gar nicht die tatsächliche Voraussetzung für umfangreich begründete Entscheidungen gibt und er sich deswegen sozusagen dem Spiel des Gebens und Nehmens von Gründen verweigert?

Dietz: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Damen und Herren, ich möchte die Richtigkeit der Thesen 22 und 23 von Herrn Schönberger an einem kleinen Beispiel illustrieren. Er hatte dort festgestellt, dass zwischen den obersten Gerichten und den Instanzgerichten eine Art arbeitsteilige Entlastung stattfindet, aber auch eine Tendenz zu systematischer Verallgemeinerung festgestellt. Ich schließe daraus auch eine leise Kritik daran. Ein Beispiel direkt aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit: In den letzten Jahren hat sich im Asylprozess das Argument einer posttraumatischen Belastungsstörung zu einem „Allzweckwerkzeug“ entwickelt. Die Schweizer Kollegen mögen mir nachsehen, geradezu ein „Schweizer Taschenmesser“. Immer wieder, wenn das politische Verfolgtsein kaum glaubwürdig war, ging es in Richtung psychischer Erkrankung, um möglicherweise einen Daueraufenthalt in Deutschland sicherzustellen. Es wurde immer schwieriger festzustellen, in welchen Fällen war dieses Argument begründet, und in welchen nur vorgeschoben. Die Instanzgerichte schwankten hin und her: An welchem Punkt beginnt die richterliche Aufklärungspflicht und bis wo reicht eine gewisse Darlegungslast der Beteiligten? Das Bundesverwaltungsgericht hat dann entschieden und bewusst abstrakt-generell entschieden, es bedarf eines substantiierten fachärztlichen Gutachtens mit einer nachvollziehbaren Diagnose. Ein Allgemeinarzt, der nur einen Einzeiler schreibt – „meine Patientin scheint krank zu sein“ – das genügt sicher nicht. Der Vollbeweis eines universitätsklinischen Gutachtens konnte auch nicht verlangt werden, selbstverständlich. Die Instanzgerichte haben diese Argumentation sofort übernommen und angewandt, d.h. wir haben jetzt eine relativ einheitliche Rechtsprechung im Bereich der psychischen Erkrankungen. Denn sie haben, so wie Herr Schönberger feststellte, diese Argumente immer weiter ausgedehnt auf nahezu alle psychischen Erkrankungen. Es ist Rechtsfortbildung, Rechtsetzung quasi durch einen richterlichen Rechtssatz im Bereich des § 86 VwGO. Und ich möchte Ihrer Analyse insoweit auch zustimmen: Es besteht durchaus ein leiser Zweifel, wie weit das denn reichen darf. Denn stellen wir uns vor, die Instanzgerichte wenden das auf immer mehr Krankheiten an, dann stellt sich irgendwann die Frage: Wo ist die absolute Grenze, wo kann es noch transferiert werden und wo handelt es

sich um einen anderen Sachverhalt? Und diese Grenzziehung wird natürlich wieder den obersten Gerichten des Bundes überlassen bleiben, jene, die den abstrakten Satz erst aufgestellt haben. Und dann stellt sich die Frage – ich darf an meinen Vorredner mit dem Beispiel des Bundesfinanzhofs anknüpfen – wer kontrolliert dann diesen selbstreferierenden Argumentationszirkel? Vielen Dank.

Küpper: Herr Vorsitzender, vielen Dank. Auch ich darf mich für die sehr befruchtenden beiden Vorträge bedanken und möchte eine rechtsvergleichende Anmerkung zu einem Detail beisteuern, das von beiden Referenten angesprochen worden ist, nämlich die Doppelfunktion der obersten Gerichte, einmal in Richtung Einzelfallentscheidung und zum anderen in Richtung allgemeinere, vielleicht sogar materielle Rechtsetzung zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. In diesem Feld gibt es in zahlreichen Ländern innerhalb und außerhalb Europas, alles Länder des kontinentaleuropäischen Rechtskreises, eine besondere Verfahrensart, in der quasi normative Auslegungsbeschlüsse erlassen werden können, unabhängig von anhängigen Prozessen. Wir haben also eine verfahrensrechtliche, prozessrechtliche Trennung von materieller Rechtsetzung zum einen und Einzelfallentscheidung zum anderen. Wenn Sie sich die Praxis dieser Länder ansehen, sind diese Entscheidungen häufig sehr dogmatisch. Es geht meistens um eine Art Auswahl dessen, was an verschiedenen Auslegungen zu einem gegebenen Gesetzestext bereits vorhanden ist, und die Obergerichte legen dann quasi normativ fest, welche dieser Auslegungen in Zukunft verbindlich gelten soll. Rechtsfortbildung im Sinne der Füllung von Lücken wird dagegen von diesen Gerichten in den Verfahren regelmäßig abgelehnt. M. E. bietet dies mehrere Vorteile. Zum einen entlastet es die Einzelfallentscheidungen des obersten Gerichts, weil da nicht mehr so sehr auf allgemeine Gesichtspunkte geachtet werden muss; dafür besteht eben diese besondere Verfahrensart, in der unabhängig von einem konkreten Rechtsstreit die Rechtseinheitlichkeit gewahrt werden kann. Damit nähern sich, um mit Frau Albers zu sprechen, die Einzelfallentscheidungen des obersten Gerichts im Textformat eher den Entscheidungen der Untergerichte an. Zweiter Vorteil aus meiner Sicht ist, dass die Rechtsvereinheitlichung durch oberste Gerichte nicht mehr vom Filter der Revisionsentscheidung abhängt, wie beispielsweise Streitwerte und Ähnliches, sondern man für diese besondere Verfahrensart besondere Verfahrensvoraussetzungen schaffen kann, die dieser Verfahrensart angemessen sind, beispielsweise eine divergierende untergerichtliche Rechtsanwendung. Diese Verfahrensarten sind überall da, wo es sie gibt, in der Verfassung festgelegt. Damit haben sie zumindest auch

eine formale Legitimität. Das ist schon wichtig wegen der Bindungswirkung, die diese Beschlüsse für die Untergerichte haben, und, Herr Schönberger, Sie haben die Gefahr der Hybridisierung angesprochen, aber die ist ja ohnehin da. M. E. ist es vielleicht gar nicht schlecht, wenn durch getrennte Verfahrensarten diese Hybridisierung offengelegt wird. Dann haben sie doch mehr Ehrlichkeit und vielleicht auch mehr Problembewusstsein. Vielen herzlichen Dank.

Lege: Ich beschränke mich auf zwei Anmerkungen zum Referat von Herrn Schönberger. Die erste Anmerkung: Ich stimme Ihnen weitgehend in allem zu, insbesondere auch der These 7. Es gibt keine strikte Trennung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung, und dadurch lösen sich manche Probleme von selbst. Im Hauptpunkt will ich mich Ihrer Kritik am Umgang mit Präjudizien anschließen. Insofern gibt es in der deutschen Rechtswissenschaft in der Tat eine wenig ausgeprägte Kultur (und die Sache wird auch, wie Sie in These 23 angemahnt haben, an den Universitäten nicht genügend gelehrt). Zwei Beispiele für unsere Unkultur, eines aus der akademischen Rechtswissenschaft, das zweite aus der Rechtsprechung:

Das erste Beispiel betrifft den Umgang mit der Unterscheidung von *ratio decidendi* und *obiter dictum*. Im Staatshaftungsrecht dürfte es ganz herrschender Meinung entsprechen, dass das Bundesverfassungsgericht das Institut des „enteignungsgleichen Eingriffs“ anerkannt habe. Wenn man genau hineinschaut in die einzige Entscheidung hierzu – noch dazu ist es lediglich eine Kammerentscheidung –, so findet man dort nur die Formulierung: Der enteignungsgleiche Eingriff sei ein Institut des einfachen Rechts, das die Zivilgerichte so entwickelt hätten. Aber das war im konkreten Fall überhaupt nichtentscheidungsrelevant, sondern betraf allein die Frage, ob spezifisches Verfassungsrecht vorliegt oder nicht. Daraus kann man keine Anerkennung des „enteignungsgleichen Eingriffs“ herleiten. Und doch zieht sich dies als herrschende Meinung seit 1992 durch sämtliche Lehrbücher hindurch.

Zweites Beispiel, diesmal der Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit seinen eigenen Präjudizien, wieder aus dem Bereich des Art. 14 GG. Der Begriff der Enteignung wurde ja erfreulicherweise in BVerfGE 104, 1 dergestalt zurückgeführt, dass man gesagt hat, es sei ein Güterbeschaffungsvorgang. Dafür wurden vom Gericht eine Reihe von Präjudizien zitiert. Nicht zitiert wurde die Entscheidung BVerfGE 83, 201. Darin steht das genaue Gegenteil: Die Entziehung – und allein die Entziehung – des Eigentumsobjekts kennzeichne die Enteignung; auf einen Güterbeschaffungsvorgang komme es nicht an. – Dies ist gewiss ein Umgang mit Präjudizien, der nicht mehr *lege artis* erfolgt.

Oder wie die jungen Leute heute sagen: Das geht gar nicht. – Und warum geht das nicht? Aus logischen Gründen. Denn wir sind ja nicht an *Texte* gebunden, Herr Hoffmann-Riem, sondern an *Begriffe*. Und Begriffe sind die Gesamtheit der praktischen Folgen, die sich an sie knüpfen. Wenn man zu einem Begriff zwei Definitionen hat, die sich widersprechen, dann ist das die Eröffnung von Willkür. Denn *ex contradictione quod libet*: aus Widersprüchlichem folgt Beliebiges. Vielen Dank.

N. Weiß: Entschuldigen Sie, dass ich zu diesem späten Zeitpunkt nochmals auf das Thema objektive Willkür zu sprechen komme. Wenn man sich lange mit einer Frage beschäftigt hat, liegt sie einem eben doch am Herzen. Aber Sie brauchen nicht zu befürchten, dass ich jetzt selbstreferenziell werde, sondern ich versuche, das in den Kontext der Konferenz einzubauen. Wenn wir sagen, das Bundesverfassungsgericht versucht in einzelnen Fällen, mit dieser Figur Zugriff auf die schlechterdings unverständliche Entscheidung oder Prozessführung im Einzelfall zu gewinnen, so ist ja einer der Gründe, der dafür angeführt und rechtfertigend herangezogen wird, der Rechtsschutzauftrag. Dem wohnt ja doch eine gewisse und in vielen Fällen auch überzeugende Rationalität inne. Herr Schönberger, haben Sie Platz in Ihrem Denkmodell für dieses Rationalitätsargument, das das Bundesverfassungsgericht hier vorbringt? Das würde mich interessieren.

Zweitens habe ich eine Beobachtung und eine daran anschließende Frage an beide Referenten. Mir scheint, dass Gerichte insbesondere in der Anfangszeit ihrer Tätigkeit einen freudigen Zugriff auf möglichst viele Fälle pflegen. Das kann man beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte beispielsweise sehr gut beobachten und in gewisser Weise auch beim Bundesverfassungsgericht. Hinterher muss man sich mit der Last der hohen Fallzahl herumschlagen. Können Sie das einerseits empirisch so bestätigen und zweitens daraus eine Schlussfolgerung ableiten, die sich etwa mit Blick auf den Inhalt, auf die Form, auf Argumentationsmuster der späteren Entscheidungen im Vergleich zu diesem früheren zupackenden Ansatz ergibt, ob sich da eine Entwicklung abzeichnet.

Und drittens eine Abschlussbemerkung: Das Problem der Ausbildung wurde in den Vorträgen und auch von Herrn Huster angesprochen. In meinen Stationszeugnissen steht immer die Formel „Der Referendar ist sich der sozialen Auswirkungen seiner Entscheidungen bewusst“. Beide Referate und die Diskussion heute haben gezeigt, dass hier ein Auftrag an uns besteht: Wie kann dieser wichtige Aspekt bereits im Studium behandelt werden, ohne unserem wissenschaftlichen Anspruch Abbruch zu tun? Danke schön.

Wißmann: Die Aufklärung der Juristen, in Sonderheit der Richter, über die Kontextabhängigkeit ihres Tuns wie über die immanente Gestaltungsdimension jeglicher juristischer Arbeit, verdient Unterstützung. Und wenn ich unsere heutige Diskussion zusammenfasse, haben die Referenten in diesem Anliegen überreiche Zustimmung erfahren, ja vielleicht weniger Widerspruch geerntet, als sie erhofft hatten. Insofern hat heute eine Zusammenführung verschiedener Traditionslinien im Sinn einer Selbstvergewisserung der Vereinigung stattgefunden, und so möchte ich Herrn Hoffmann-Riem beipflichten: eine Sternstunde des Fachs.

Wenn man nun in den Bereich der konkreten Folgerungen dieser grundsätzlichen Einsichten kommt, kommt dem Wort vom „Verbundsystem“ besondere Bedeutung zu, in dem anklingt, dass für die konkrete Gestaltung der Rechtsfindung vielfach die institutionelle Anordnung der Akteure entscheidend ist und diese heute kaum noch monistisch oder linear-hierarchisch gedacht werden kann. Ich möchte hervorheben, was beide Referenten schon angedeutet haben: Es geht nicht nur um das in der Öffentlichkeit oft in den Vordergrund gerückte „horizontale“ Verhältnis zwischen nationalen und europäischen Höchstgerichten, also in Sonderheit zwischen Bundesverfassungsgericht und EGMR bzw. EuGH. Die Aufgabe des Alltags liegt viel öfter dort, wo wir „vertikale“ Verbundsysteme haben, zwischen internationalrechtlichen Judikaten und ihrer Weiterführung in der Fachgerichtsbarkeit. Um es an einem Beispiel zu illustrieren: Die deutschen Verwaltungsgerichte sind gerade dabei, aus einer Entscheidung des EGMR zum Organisationsverbot für Gewerkschaften in der Türkei die Aufhebung des hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums, wonach Beamten kein Streikrecht haben, abzuleiten. Über die offensichtlichen Unterschiede in der Ausgangslage wird zugunsten eines scheinpräzisen Anwendungs- und Übertragungsfurors hinweggegangen. Woran liegt das? Es liegt an der abstrahierenden Regelbildung deutscher Gerichtstradition, die aus höchstrichterlichen Entscheidungen allgemeingültige Normen macht. Das entspricht vielfach aber nicht der Perspektive internationaler Gerichte, so dass deren Vorgaben in Deutschland auf Felder transferiert werden, für die sie gar nicht gemacht waren. Wir benötigen also dringend eine neue Kultur der Präjudizienbildung und damit der Limitierung erweiternder Ableitungen aus Höchstjudikaten, wenn wir im internationalisierten Verbundsystem arbeitsfähig bleiben wollen.

Eine zweite, sich daran anschließende Frage: Beide Referenten haben sich sehr stark, und das entspricht der deutschen Üblichkeit, auf die Arbeit der Gerichte konzentriert. Sind Gerichtsverfahren nicht aber nur eine Randfunktion dessen, was wir im Recht betrachten, insbesondere

im Öffentlichen Recht? Ist nicht unser viel größeres Aufgabenfeld, wie gerade schon die Verwaltung mit den Vorgaben etwa der Höchstgerichte umgeht? Das wäre eine offene Frage zum Schluss: Was können wir anbieten in Sachen differenzierter Implementation von höchstgerichtlichen Regeln für die Arbeit der Verwaltung? Es wird weder reichen, auf eine förmliche Bindung zu setzen, noch im Gegenteil lapidar festzustellen, dass Verwaltungsbeamte wie eben auch der Richter notwendig Gestaltungsaufgaben hätten. Wir brauchen ein noch einmal eigenes Handwerkszeug, wie wir in der Verwaltung mit Judikaten umgehen. Vielen Dank.

Lepsius: Danke unsererseits, Herr Wißmann, und jetzt folgen die Schlussworte, ca. 10 Minuten. Das ist ja immer eine besonders schwierige Aufgabe, gerade bei 25 Wortmeldungen. Ich bin insbesondere neugierig, ob Robespierre nochmal als der Gewährsmann von Herrn Schönberger auftaucht in der Diskussion. Nun ja! Sie haben das Wort, Herr Schönberger.

Schönberger: Vielen Dank. Ich bedanke mich für alle Wortmeldungen und werde versuchen, die Fragen, die diskutiert worden sind, ein wenig zu bündeln.

Ich beginne damit, dass ich noch einmal mein Kernanliegen formuliere. Dieses Kernanliegen ist der Blick auf die institutionelle Dimension. Ich habe mich deshalb auch nicht zufällig gerade auf Höchstgerichte konzentriert, die einen ausdifferenzierten Instanzenzug unter sich haben, nämlich die obersten Bundesgerichte. Diese Einbindung in einen regelmäßigen Instanzenzug ist zentral. Wenn wir uns im Vergleich das Bundesverfassungsgericht oder EGMR ansehen, bedeutet die Tatsache, dass diese Gerichte nicht über einen derartigen Instanzenzug für ihre spezifische Aufgabe verfügen, eine grundlegend andere Funktionsweise. Die Formulierung, die uns allzu schnell von den Lippen geht, dass alle diese Gerichte irgendwie als „Höchstgerichte“ gelten, weil es gegen ihre Entscheidungen kein Rechtsmittel mehr gibt, reicht als Fundament für allgemeine Analysen nicht aus. Je mehr ich mich mit den verschiedenen Formen höchster Gerichte beschäftigt habe, desto skeptischer bin ich gegenüber solchen Generalisierungen geworden. Ich finde, dass das ganz deutlich in den Vordergrund gerückt werden muss. Das erklärt dann auch, warum gerade für das Bundesverfassungsgericht viele der Analysen, die wir für die obersten Bundesgerichte machen können, einfach nicht weiterhelfen und nicht zutreffend sind. Wir müssen wirklich bei jedem Gericht konsequent seine spezifische institutionelle Situation durchdenken.

Das führt mich als zweiten Generalpunkt nochmals zur Vergleichung. Es ist ja in der Diskussion verschiedentlich der Gedanke hervorgehoben worden, dass die Supreme-Court-Systeme verallgemeinernde Systeme sind. Man hat es mit einem Höchstgericht zu tun, das tatsächlich vergleichsweise generalistisch mit einer sehr kleinen Gruppe von Richtern das gesamte Rechtssystem steuert, mit notwendigerweise eher allgemeinen Entscheidungen. Das Allgemeine wird vom Höchstgericht verwaltet. Und deswegen ist auch das Verhältnis zum Gesetz prekär, weil das Allgemeine eben vom Höchstgericht organisiert wird. Bei uns gibt es diesen Ort des Allgemeinen in der Gerichtsbarkeit dagegen eigentlich nicht. Wir haben vielmehr eine hochspezialisierte Fachgerichtsbarkeit, die sich mit Fachfragen beschäftigt, und daneben eine spezialisierte Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Legitimation sich spezifisch nur auf das Verfassungsrecht bezieht. Das heißt also, im Grunde genommen ist in unserem Justizsystem der Ort verallgemeinernder Zentralisierung institutionell nicht abgebildet. Das scheint mir als Beobachtung wichtig, weil man dann sieht, dass wir mit dieser unterschiedlichen Grundstruktur umgehen müssen. Es wurde ja in der Diskussion das Begriffspaar von Fachrationalität und politischer Rationalität erwähnt. Unser System der Höchstgerichte ist natürlich ein stark fachrationales System. Dem steht aber nicht ein allgemeines Höchstgericht gegenüber, sondern eines, das wiederum spezialisiert ist, indem es auf eine eigenartige Generalmaterie, nämlich das Verfassungsrecht, bezogen bleibt. Diese institutionelle Kombination führt natürlich zu Kopplungsproblemen, die ein Supreme Court-Modell in dieser Art gar nicht hervorbringen kann.

Mehrfach wurde nach meinen normativen Kriterien gefragt. Ist das, was ich vorgestellt habe, nicht eigentlich dann doch wieder die gute alte Gewaltenteilungsdogmatik? Verabschiede ich sie, ohne mich doch von ihr ganz lösen zu können? Ich würde das in gewissem Umfang einräumen. Für die obersten Bundesgerichte ist das Interessante ja gerade, dass sie von der Individualentscheidung herkommen, sich von ihr nie ganz lösen, gleichzeitig aber eben eine Form von Generalisierung entwickeln, die mit der Beschreibung: „Gerichte treffen Individualentscheidungen“ nicht sinnvoll zu rekonstruieren ist. Wir haben es also bei den obersten Bundesgerichten automatisch mit einer gewissen Hybridisierung von Einzelentscheidung und Normbildung zu tun. Gerade deshalb würde ich erst recht dafür plädieren, ihre Justizförmigkeit besonders ernst zu nehmen. Gerade weil diese Gerichte ihrer natürlichen Tendenz nach die Justizförmigkeit immer schon ein Stück überschreiten, muss man sie umso nachdrücklicher an das Fallmaterial, an die Individualisierung, an die Streitentscheidung zurückbinden. Daher ja

auch mein Plädoyer gegen gewisse Verselbständigungen, auch gegen sozusagen sozialwissenschaftliche Sondererkenntnismechanismen für diese Gerichte. Ich denke, ihre Legitimität – und insofern bin ich natürlich durchaus der traditionellen Gewaltenteilung noch verpflichtet – speist sich hauptsächlich weiterhin gerade aus der Individualentscheidung. Das ist wiederum beim Bundesverfassungsgericht schon wegen der Normenkontrollfunktion ganz anders. Die Einhegung kann hier nicht nur von der Individualentscheidung her gelingen, sondern muss auf einer anderen Ebene sichergestellt werden, etwa durch eine stärkere Kommunikation mit der Wissenschaft und ähnliche Formen.

Ich bin in diesem Zusammenhang auch dankbar für gewisse rechtsvergleichende Beispiele, auf die in der Diskussion hingewiesen wurde. In einigen Ländern haben Höchstgerichte die Möglichkeit, generelle Direktiven zu erlassen. Das ist ja in Deutschland auch vom Obersten Gericht der DDR praktiziert worden. Es geht häufig um frühere kommunistische Länder, wir haben so etwas etwa heute noch in Tschechien. Das Höchstgericht kann in einer nicht Streitbezogenen Entscheidung generelle Richtlinien aufstellen, die dann von den Untergerichten zu befolgen sind. Das hat eine gewissermaßen kommunistische Effizienz, die aber natürlich ein Problem für die Unabhängigkeit des Richters darstellt. Jedenfalls zeigt sich hier eine weitere Möglichkeit, wie die Vereinheitlichungsfunktion von Höchstgerichten auch praktiziert werden kann. Ich wäre sehr gegen ein solches Modell, nicht allein wegen der kommunistischen Reminiszenzen, sondern weil mir daran liegt, die Normerzeugungsfunktion der Höchstgerichte nicht zu verselbständigen, also nicht den Akzent auf eine völlig eigene Form von Rechtsfortbildung zu legen, die etwas ganz Anderes wäre als das, was im Alltag der Justiz insgesamt gemacht wird. Die Legitimität der Höchstgerichte beruht gerade auf deren Verbindung mit dem Alltagsmaterial der Instanzgerichte. Sie muss dort angebunden bleiben. Das ist sicherlich ein Gewaltenteilungskonzept, vielleicht aber doch eines, das spezifisch ausdifferenziert ist.

Schließlich zu den Methoden: Der Einwand, dass Methoden doch wichtiger sind, als es die übliche Verabschiedung der juristischen Methodenlehre nahelegt, ist berechtigt. Die Frage ist nur, was daraus folgt. Methoden sind im Grunde den Juristen insgesamt anvertraut und werden von ihnen zwischen Wissenschaft und Praxis immer neu verhandelt, teils implizit, teils explizit. Wir sind längst übergegangen zu einer Form juristischer Argumentation, die nicht so streng bindend sein kann wie jedenfalls die alte Methodenlehre einmal behauptet hat, die aber natürlich auch nicht einfach ein völlig beliebiges Argumentationsspiel ist. Die Frage ist: Wie kann das in Kontrollmaßstäben operationalisiert

werden, was wir alle als Juristen täglich neu aushandeln? Das können wir, glaube ich, innerhalb des Rechtssystems nur sehr begrenzt hinbekommen. Die obersten Bundesgerichte sind insofern in einer durchaus günstigen Situation. Sie haben einen Instanzenzug unter sich, in dem arbeitsteilig diese Probleme schon mehrmals durchbehandelt wurden – ich lasse hier die Sonderfälle erstinstanzlicher Zuständigkeit einmal beiseite – und können bündeln, was sich in diesem Gespräch über die Normen aus dem Instanzenzug ergibt. Und darin müssen wir meiner Ansicht nach die eigentliche Gewährleistung für eine gewisse Rationalität dieser Art von Rechtsprechung sehen.

Aber was machen wir dann mit dem Ausreißerfall? Was machen wir mit dem Bundesfinanzhof, wenn er eine nach Meinung von Beobachtern evident gesetzwidrige Entscheidung trifft (wobei diese Einschätzung freilich wiederum auf einer vielleicht bestreitbaren Interpretation beruht)? Ich würde sagen, wir müssen ertragen, dass an einer bestimmten Stelle das oberste Bundesgericht zu einer verbindlichen Interpretation kommt. Diese Interpretation bleibt natürlich rechtswissenschaftlich anfechtbar, sie bedarf der wissenschaftlichen Kritik und Begleitung, auch der Kritik aus der Rechtspraxis, auch der Kritik von den Instanzgerichten. In einer solchen Entscheidung zeigt sich aber zunächst einmal nur das allgemeine Problem, dass irgendwann der Instanzenzug zu Ende ist. Das ist offenbar schwer zu ertragen. Daraus ergibt sich das Bemühen, dann doch noch das Bundesverfassungsgericht auch in dieser Problematik ins Spiel zu bringen. Ich bin aber etwas verwundert darüber, dass man glaubt, dass das Bundesverfassungsgericht das Problem lösen könne. Denn es entsteht so doch nur eine weitere Instanz, die die Sache vielleicht auch falsch beantwortet. Was ist also eigentlich gewonnen, wenn es einen spezifisch verfassungsrechtlichen Standard der Methodeneinhaltung eben nicht gibt, weil die Methoden den Juristen generell anvertraut sind, in einem schwierigen Gespräch, das aber nicht beliebig ist? Das Bundesverfassungsgericht kann zur Beantwortung allgemeiner Rechtsfragen nichts Spezifisches beitragen. Und weil es nichts Spezifisches dazu beitragen kann, sollten wir diese Beantwortung bei den obersten Bundesgerichten lassen. Dabei entsteht sicherlich das Risiko, dass ein oberstes Bundesgericht zu einer Entscheidung kommt, die viele aus methodischen Gründen für falsch halten. Das ist aber nichts anderes als Letztinstanzlichkeit. Oder, wie Horst Ehmke einmal gesagt hat: Dann geht die Sache eben schief. Danach gibt es immer noch die wissenschaftliche Kritik, die weiterhin möglich und manchmal sehr nötig ist, und auch die Möglichkeit politischer Reaktion durch Gesetzesänderung. Insofern, glaube ich, sollten wir gerade bei diesen Problemen immer wieder institutionell denken

und fragen: Was kann die Fachgerichtsbarkeit besser als das Bundesverfassungsgericht? Ich glaube dabei nicht, dass der Rückzug auf Willkürformeln und Ähnliches die Sache befördert. Nichts ist willkürlicher als Willkürformeln. Da sehe ich keinen verlässlichen verfassungsrechtlichen Prüfungsstandard. Stattdessen wäre ich sehr dafür, dass das Bundesverfassungsgericht seine sonstigen inhaltlichen Kriterien bei der Urteilstkontrolle stärker präzisiert. In den Verfassungsgerichtsentscheidungen zur richterlichen Rechtsfortbildung schwingt häufig irgendein Unbehagen inhaltlicher Art mit, das aber nicht offengelegt, sondern durch angebliche Methodenkontrolle eher verdeckt wird. Dann ist es die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, dieses Unbehagen inhaltlich zu füllen und zu fragen, wieweit es in der Sache trägt, etwa unter grundrechtlichen Gesichtspunkten. Wenn es dagegen nur ein unspezifisches Unbehagen empfindet, dann ist nicht erkennbar, warum dieses größere Bedeutung haben sollte als das Auslegungsergebnis der Fachgerichtsbarkeit und besonders der obersten Bundesgerichte. Ich bedanke mich.

Albers: Ich werde meine Antwort etwas bündeln und hoffe, Ihnen allen damit gerecht zu werden. Zunächst eine Vorabbemerkung: Mein Vortrag war ein rechtswissenschaftlicher, kein soziologischer Vortrag. Einen soziologischen Vortrag hätte man anders machen müssen, und ich hätte ihn anders gemacht. Die Soziologie einerseits und die Rechtswissenschaft mit der sie kennzeichnenden Normativität andererseits lassen sich allerdings nicht mit Hilfe einer schlichten Unterscheidung „deskriptiv“ / „normativ“ gegeneinander abgrenzen. Die Rechtswissenschaft schließt immer schon sowohl deskriptive als auch präskriptive Aussagen sowie insbesondere auch Metabeobachtungsebenen ein, die oberhalb der Differenz zwischen deskriptiven und präskriptiven Aussagen ansetzen. Mein Vortrag hat sich im Wesentlichen auf einer Metabeobachtungsebene bewegt. Er war also alles andere als empirisch-deskriptiv. Wenn ich etwa ausgeführt habe, dass die Untergerichte Gerichtsentscheidungen mit ihrem impliziten Wissen darüber deuten, wie man Gerichtsentscheidungen versteht, dann steckt in einer solchen Beschreibung ein präskriptiver Gehalt, weil es durchaus Untergerichte geben mag, die höchstgerichtliche Entscheidungen zu schematisch verstehen. Die Beschreibung des schlängelnd-tastenden Vorgehens der Gerichte im Rechtsprechungsverbund liegt ebenfalls auf einer Metabeobachtungsebene, die man unterhalb dieses Abstraktionsniveaus noch vielfältig, aus unterschiedlichen Perspektiven und gegebenenfalls normativ oder methodisch kritisch analysieren kann. Ich hatte einleitend auf die Vielzahl der Möglichkeiten der Selbst- und Fremdbeobachtung

und der Beobachtung höherer Ordnung hingewiesen, die innerhalb eines rechtswissenschaftlichen Zugriffs bestehen. Das in meinem Vortrag gezeichnete Bild lässt sich deswegen auch noch weiter aufschlüsseln und ausarbeiten. Diese Vorbemerkung ist mir sehr wichtig, damit keine Missverständnisse entstehen.

Zunächst zu den Fragen nach der Rolle und zur These eines Bedeutungsverlusts der juristischen Methoden: Ich selbst bin überhaupt nicht der Ansicht, dass man gar keine Methoden mehr bräuchte. Selbstverständlich sollen und müssen die gerichtliche Entscheidungsfindung und der Umgang mit Gesetzestexten *lege artis* stattfinden. Rechtswissenschaftliche Metabeobachtungen oder Beobachtungen zweiter Ordnung zeigen zwar die begrenzte Rolle und die Relativität der juristischen Methoden auf. Aber sie machen Methoden nicht überflüssig, sondern schärfen im Gegenteil den Blick und ermöglichen Reflektionen, die wiederum die Handhabung der juristischen Methoden verbessern mögen. Auch die Praxis- und Teilnehmerperspektiven, die in der Diskussion angesprochen worden sind, sind im Abstraktionsgrad der Ausführungen meines Vortrags aufgehoben und insofern nicht verschwunden, sondern im Gegenteil von großer Bedeutung. Rechtswissenschaftliche Analysen können in immer wieder neuartigen Gesamtbildern verschiedene Beobachtungsebenen und -perspektiven zusammenführen.

In Abgrenzung gegen einige andere wissenschaftliche Beschreibungen geht die in meinem Vortrag gewählte Beschreibung gerichtlicher Entscheidungsfindung nicht von einem akteurs- und personenzentrierten Zugriff aus. Ich halte solche Ansätze für gelegentlich ganz anschaulich, aber sie sind selten wirklich weiterführend. Selbst Richard Posner, der mit „How Judges Think“ differenzierte Überlegungen vorgelegt hat, greift aus meiner Sicht mit seinem Ansatz nicht weit und nicht tief genug.

In der Diskussion gab es außerdem eine Reihe von Fragen zum Rechtsprechungsrecht und zum Rechtsprechungsverbund. Zunächst zum Begriff der „Höchstgerichte“ und zur Befassung mit allen Höchstgerichten: Die Anregung, alle Höchstgerichte im Sinne der Bundesgerichte, des Bundesverfassungsgerichts, des EuGH und des EGMR einzubeziehen, kam vom Vorstand. Die Beteiligten werden sich erinnern, dass ich dieser Anregung am Anfang etwas skeptisch gegenüberstand, weil ich nicht sicher war, ob man den Differenzierungserfordernissen in der auf 45 Minuten begrenzten Zeit hinreichend Rechnung tragen kann. Im Ergebnis hat sie sich für meinen Vortrag allerdings als weise Anregung erwiesen. Auch wenn man einen übergreifenden Rahmen formuliert, muss man aber selbstverständlich zwischen den Höchstgerichten angemessen differenzieren. Das habe ich etwa hin-

sichtlich der Text-, Kommunikations- und Rechtsformate, der Gerichtskulturen oder der verschiedenen Rechtskontexte deutlich gemacht. Der Topos des Rechtsprechungsverbundes erfordert ebenfalls entsprechende Aufschlüsselungen und Differenzierungen. Ein schönes Beispiel für die relative Eigenständigkeit der jeweiligen Höchstgerichte ist die von Herrn Häberle angesprochene Beschreibung der Aufgaben des EuGH: Diese als „Sicherung der Wahrung des Rechts“ zu umreißen, folgt dem Text der Aufgabenzuweisung in Art. 19 EUV. Auf europäischer Ebene ist darin jedoch immer schon die Rechtsfortbildung eingeschlossen, so dass sich Abgrenzungsprobleme zwischen Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung hier nicht in dem uns aus den nationalen Debatten vertrauten Umfang stellen.

Für das Verständnis von „Rechtsprechung“ ist mir dann im Ausgangspunkt ein Aspekt wichtig, der in der Diskussion aufgegriffen worden ist: Gerichte haben keineswegs in uneingeschränkter Form das „letzte Wort“. In einem bestimmten Verfahren treffen sie eine letztverbindliche Entscheidung. Von der Metabeobachtungsperspektive aus, wie ich sie gewählt habe, fließt die Kommunikation allerdings weiter: Die Gerichtsentscheidungen werden beobachtet, zustimmend rezipiert oder kritisiert, immer wieder an die Normen rückgekoppelt und in unterschiedlichen Kontexten zu verschiedenen Zeitpunkten immer wieder gedeutet. Die Kennzeichnung der Rechtsprechung mit Hilfe des Merkmals des „letzten Worts“ ist eben auch nur eine der möglichen Perspektiven, die man einnehmen mag, wenn man sich auf das Einzelverfahren konzentriert, deren Überzeugungskraft aber selbst dann von vielen Prämissen abhängt.

Legt man fortlaufende Kommunikationen und unterschiedliche Kommunikationskontexte zugrunde, scheint es mir sinnvoll und weiterführend zu sein, „Rechtsprechung“ mit Hilfe einer Unterscheidung von Text-, Kommunikations- und Rechtsformat zu begreifen. Der Begriff „Format“ ist dabei ein recht abstrakter Begriff, und unterhalb dieser Abstraktionsebene oder auch mit Blick auf die Differenzierung der drei Komponenten erschließen sich wieder ganz viele Fragen, die zu analysieren wären. Wenn etwa das Bundesverfassungsgericht in einen bestimmten Entscheidungstext verschiedenartige Aussagen einfließen lässt, die sich an unterschiedliche Rezipienten richten oder einen je eigenen und darin interpretationsbedürftigen kommunikativen Status haben, mag die Entscheidung als Kommunikationsformat Missverständnisse und sinnwidrige Folgen auslösen. Ist es beispielsweise nützlich oder schädlich, wenn in BVerfG-Entscheidungen „dunkle Signale“ an den EuGH ausgesendet werden, wie es Frau Lübke-Wolff in ihrem Sondervotum zur Entscheidung über den Europäischen Haftbefehl kri-

tisch hervorgehoben hat? Welche Funktionen kommen Sondervoten zu? Operiert das Bundesverfassungsgericht möglicherweise kontraproduktiv, wenn es einerseits betont, die Bindungswirkung seiner Entscheidungen erstrecke sich auf die tragenden Gründe, und dann andererseits so viel in seine Entscheidungen hineinschreibt, dass die Entscheidungsinterpreten die Chance haben, alles, was ihnen nicht passt, als nicht tragend aus den Bindungswirkungen auszugrenzen? Hier lässt sich eine Fülle von Themen ausarbeiten. Mit dem „Rechtsprechungsrecht“ meine ich dann die Verknüpfung dieser drei Komponenten, nämlich des Textformats, des Kommunikationsformats und des sich in den Deutungsprozessen und -kontexten herauskristallisierenden Rechtsformats. Man kann dies als Einheit dreier Komponenten sehen, aber Rechtsprechungsrecht erschließt sich erst mit Hilfe eines prozeduralen, die Differenz von Text-, Kommunikations- und Rechtsformat aufrechterhaltenden Blicks. So ist das Rechtsformat nicht etwa das Ergebnis eines linearen Prozesses, sondern stabilisiert sich – in Form relativer Stabilität – in immer neuen Kommunikationen und Kommunikationskontexten sowie in immer wieder neu vorgenommenen Rückkoppelungen an das Textformat als dem spezifisch gestalteten Anknüpfungspunkt von Deutungen. Es löst sich also nicht vollständig ab. Hinzu kommt, dass Rechtsprechungsrecht immer auch in der Differenz zu den jeweils relevanten Normen beobachtbar ist. Die stetigen Rückkoppelungen sind, ich komme bei meinem letzten Punkt darauf zurück, für die Legitimation der Rechtsprechung wichtig. Dieser Zugriff verdeutlicht und erklärt zugleich, dass Rechtsprechungsrecht sich etwa hinsichtlich der Formen der Aussagen und der Formen der Bindungen anders gestaltet als Gesetzesrecht. Es ist, das zeigt sich dann eben auch im Rechtsprechungsverbund, vorläufiger, relativierbarer, fallbezogener, von weniger weit reichendem Allgemeinheitsanspruch und lässt mehr Abweichungen zu. Es wirkt fallübergreifend, ohne dass es deswegen in die Nähe des Gesetzes rückt. Vielmehr stellt es ein eigenständiges Format dar. Rechtsprechungsrecht ist deshalb insgesamt nicht einfach eine neutrale Bezeichnung anstelle von „Richterrecht“, sondern ein anderer Ansatz.

Der letzte Punkt ist die in der Diskussion angesprochene Frage nach der Legitimation der Rechtsprechung und des erzeugten Rechts, und ich darf verraten, dass ich sie bei der Ausarbeitung meines Vortrages eine Zeitlang in den Mittelpunkt gestellt hatte, weil sie eine sehr wichtige Frage ist und bleibt. Zu den Ergebnissen meiner Überlegungen gehörte dann jedoch, dass man – dies gegen den Trend, von Was-Fragen auf Wie-Fragen umzustellen – anstelle der Frage „Wie wird Rechtsprechung legitimiert?“ zunächst fragen muss: „Was muss eigentlich legitimiert werden?“ Die dann erforderliche Antwort darauf, wie man

„Rechtsprechung“ und das von dieser erzeugte Recht begreifen kann, benötigt ausführlichere neue Erläuterungen, und die Legitimationsfrage erweist sich selbst als ein neues, nicht mit wenigen Sätzen abzuhandelndes Thema. Einige Aspekte kann ich verdeutlichen. Bei meinem Konzept greift das auf die Rechtsbindung konzentrierte traditionelle Legitimationsmodell zu kurz. Trotzdem bleibt die Rechtsbindung von recht großer Bedeutung. Allerdings wird sie zum einen anders angelegt, nämlich statt im Sinne eines vertikalen Ableitungszusammenhanges der Rechtsfindung in Gestalt eines im Grundsatz horizontalen Prozesses der Entscheidungsfindung, im Rahmen derer immer wieder Rückkoppelungen zu den Rechtsnormen erfolgen, und der weiteren Entscheidungsrezeptionen, in denen ebenfalls immer wieder diese Rückkopplungen hergestellt werden. Zum anderen reicht die Rechtsbindung auch im Sinne dieses erweiterten Verständnisses zur Sicherstellung der Legitimation der Rechtsprechung nicht aus. Man benötigt ein plurales Legitimationsmodell. Insoweit eröffnet sich wiederum ein sehr interessantes Forschungsfeld, weil das hier vorgestellte Paradigma des Rechtsprechungsrechts angemessene Anknüpfungspunkte für ein solches Modell bietet. Ohnehin ist Legitimation selbst im traditionellen Konzept keine Einbahnstraße von der Gesetzgebung zur Rechtsprechung. Denn schließlich tragen die Gerichte mit ihrer Leistung einer Gerechtigkeitsherstellung im Wege der Gerichtsverfahren ihrerseits zur Legitimation der Gesetzgebung bei. Im Übrigen gilt auch unter Legitimationsaspekten, dass man die verschiedenen Höchstgerichte angemessen differenziert betrachten muss. Am Schluss verbleibt also eine Vielzahl von Fragen. Aber es gehört ja traditionell zur Tagung der Staatsrechtslehrer und Staatsrechtslehrerinnen, ebenso wie zu jeder wissenschaftlichen Tagung, dass man mit vielen Fragen kommt und auch mit einer Reihe von Fragen wieder geht. Und das ist ja das Schöne, solange es nicht genau die gleichen Fragen sind.