

MEHRDAD PAYANDEH

Judikative
Rechtserzeugung

Jus Publicum

265

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 265



Mehrdad Payandeh

Judikative Rechtserzeugung

Theorie, Dogmatik und Methodik
der Wirkungen von Präjudizien

Mohr Siebeck

Mehrdad Payandeh, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaften an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; 2004 Erste Juristische Staatsprüfung; 2008 Promotion; 2009 Zweite Juristische Staatsprüfung; 2010 Master of Laws an der Yale Law School; 2012 bis 2016 Juniorprofessor für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; 2016 Habilitation an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; seit 2016 Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches Recht an der Bucerius Law School in Hamburg.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

e-ISBN PDF 978-3-16-155035-5
ISBN 978-3-16-155034-8
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Habilitationsschrift angenommen. Mein herzlicher Dank gilt zunächst Lothar Michael für seine unermüdliche Unterstützung in jeder nur erdenklichen Hinsicht und für zahllose Stunden konstruktiver Diskussion. Martin Morlok danke ich ebenfalls nicht nur für die Übernahme des Zweitgutachtens, sondern für wichtige Impulse und Anregungen. Dank gilt auch Ralph Alexander Lorz, der die Begeisterung für die Wissenschaft in mir geweckt und mir über viele Jahre an seinem Lehrstuhl eine nicht nur wissenschaftliche Heimat bereitet hat. Ohne die Geduld und Beharrlichkeit sowie die unzähligen wichtigen Anregungen von Heiko Sauer und Julian Krüper wäre die Entstehung der Arbeit nicht denkbar gewesen. Ihnen bin ich nicht nur in akademischer Brüderlichkeit, sondern in tiefer Freundschaft verbunden. Auch meine Freundinnen und Freunde aus dem „Frankfurter Kreis“, Albert Ingold, Thomas Kleinlein, Ulrike Lembke, Anna Katharina Mangold, Philipp Reimer und Benjamin Rusteberg, haben wesentlich zum Entstehungsprozess der Arbeit beigetragen. Shpetim Bajrami, Annika Katharina Lender und Sarah Langenstein haben mich tatkräftig bei der Recherche und Literaturbeschaffung unterstützt. Der gesamten Düsseldorfer Juristischen Fakultät danke ich für viele schöne Jahre in einem von Offenheit und Kollegialität geprägten Klima, insbesondere Klaus-Dieter Drüen für Anregungen und Zuspruch sowie Charlotte Kreuter-Kirchhof für die nachhaltige Anbindung an ihren Lehrstuhl. Schließlich danke ich meiner Familie für ihre stets bedingungslose Unterstützung und Liebe.

Düsseldorf und Hamburg im Dezember 2016

Mehrdad Payandeh

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
1. Kapitel: Die Wirkweise von Präjudizien – Annäherungen an Rechtspraxis und Rechtsdiskurs	11
2. Kapitel: Judikative Rechtserzeugung und Präjudizien – Begriffliche und konzeptionelle Grundlagen	23
3. Kapitel: Präjudizien und judikative Rechtserzeugung in rechtshistorischer Perspektive	57
4. Kapitel: Rechtliche Zugänge zur Wirkung von Präjudizien	111
5. Kapitel: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Wirkweise von Präjudizien	151
6. Kapitel: Die Wirkweise fachgerichtlicher Präjudizien	287
7. Kapitel: Die Wirkweise von Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts	373
8. Kapitel: Grundzüge einer Präjudizienlehre	449
Schlussbemerkungen	491
Zusammenfassung	493
Literaturverzeichnis	513
Personen- und Sachverzeichnis	545

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Rechtswissenschaftliche Vernachlässigung eines rechtlichen Phänomens	1
B. Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse	4
C. Rechtswissenschaftstheoretische Prämissen	5
I. Rechtswissenschaftspluralismus	5
II. Rechtswissenschaftliche Zugänge	5
III. Rechtswissenschaftliche Beschränkung	8
D. Gang der Untersuchung	8
1. Kapitel: Die Wirkweise von Präjudizien – Annäherungen an Rechtspraxis und Rechtsdiskurs	11
A. Akteure	11
B. Verhaltenssteuerung durch Präjudizien	12
I. Einschränkung von Handlungsspielräumen	12
II. Legitimation von Entscheidungen	13
III. Eröffnung von Handlungsspielräumen	14
IV. Generierung von Präjudizien	14
C. Gegenstand der Präjudizienwirkung	15
D. Bezugspunkte der Präjudizienwirkung	16
E. Ergebnis	21

2. Kapitel: Judikative Rechtserzeugung und Präjudizien – Begriffliche und konzeptionelle Grundlagen	23
A. Streitentscheidung und Rechtserzeugung als Funktionen der Rechtsprechung	23
B. Konturen eines Konzepts judikativer Rechtserzeugung	25
I. Erste Betrachtungsebene: Der Entscheidungsmaßstab	26
1. Die begrenzte Steuerungskraft von Gesetz und Methodenlehre	26
2. Von der Methodenperspektive zur Kompetenz- und Verfahrensfrage	34
3. Zwischenergebnis	36
II. Zweite Betrachtungsebene: Die Entscheidungswirkung	36
1. Einzelfallwirkungen und den Einzelfall überschreitende Wirkungen	37
2. Kategorisierung einzelner Entscheidungswirkungen	40
a) Rechtskraft	40
b) Instanzielle und innerprozessuale Bindungswirkungen	41
c) Tatbestandswirkung	42
d) Wiederholungsverbote	42
e) Erstreckung der Entscheidungswirkung auf Parallelfälle	43
f) Sonderfall: Rechtsnormen als Streitgegenstand	43
3. Zwischenergebnis	44
C. Begriffe	45
I. Präjudizienwirkung und judikative Rechtserzeugung	46
1. Der Begriff des Präjudizes	46
2. Präjudizien und judikative Rechtserzeugung	48
3. Der Begriff der judikativen Rechtserzeugung	48
II. Abgrenzung zu verwandten Konzepten und Begriffen	52
1. Rechtsfortbildung als Teilausschnitt judikativer Rechtserzeugung	52
2. Richterrecht als konnotierter und unscharfer Begriff	55

3. Kapitel: Präjudizien und judikative Rechtserzeugung in rechtshistorischer Perspektive	57
A. Der Zusammenhang zwischen Rechtstheorie, Methodenverständnis und Präjudizien	58
I. Die vernunftrechtliche Prägung des 17. und 18. Jahrhunderts	59
II. Die Vorherrschaft der historischen Rechtsschule im 19. Jahrhundert	61
III. Die Herausbildung eines voluntaristischen Rechtsbegriffs im Übergang zum 20. Jahrhundert	65
IV. Auswertung	69
B. Präjudizien zwischen geschriebenem Recht und rechtlicher Praxis	70
I. Das Corpus Iuris Civilis	71
II. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten	74
III. Die Präjudiziengesetze des 18. und 19. Jahrhunderts	78
IV. Das Schweigen der Reichsgesetzgebung zum Ende des 19. Jahrhunderts	79
V. Auswertung	83
C. Präjudizien und die institutionelle Ausgestaltung der Judikative	84
I. Die Errichtung von Instanzenzug und Höchstgerichtsbarkeit	84
II. Begründung und Publikation gerichtlicher Entscheidungen	87
D. Die Herausbildung der Judikative als eigenständige Staatsgewalt	92
I. Ausblendung der rechtsprechenden Gewalt in der frühen Verfassungstheorie	92
1. Erste Andeutungen des Gewaltenteilungsgedankens bei Aristoteles	93
2. Herausbildung des modernen Verständnisses von Gewaltenteilung bei John Locke	94
3. Anerkennung der Judikative als eigenständige Staatsfunktion bei Montesquieu	95
4. Die Judikative als „least dangerous branch“ in den Federalist Papers	96
5. Zwischenergebnis	97
II. Der Gewaltenteilungsgedanke im Zeitalter von Absolutismus und Konstitutionalismus	98
III. Das Ende der Monarchie und der Übergang zur parlamentarisch-demokratischen Republik: Ausdifferen- zierung und Bedeutungszuwachs der Judikative	103

E. Auswertung: Die Entwicklung der dritten Gewalt bis zum 20. Jahrhundert	105
I. Präjudizien zwischen Rechtstheorie und positivem Recht . .	106
II. Die Herausbildung der Judikative als eigenständige und unabhängige dritte Gewalt	107
III. Präjudizien und Normativität	110
4. Kapitel: Rechtliche Zugänge zur Wirkung von Präjudizien	111
A. Judikative Rechtserzeugung als blinder Fleck der Rechtswissenschaft	112
B. Integration des Richterrechts in den Kanon der Rechtsquellen? .	116
I. Konzeptionelle Unklarheiten	117
II. Konzeptionelle Einwände	121
C. Richterrecht als Rechtserkenntnisquelle und die „faktische Geltung“ von Präjudizien	124
I. Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis	126
II. Beschränkung rechtlicher Steuerungsmöglichkeiten	128
D. Verarbeitung von Präjudizien in der Methodenlehre	132
E. Auswertung: Anforderungen an ein rechtliches Konzept der Präjudizienwirkung	134
I. Die Normakzessorietät von Präjudizien	134
II. Verbindlichkeit als ungeeignete Kategorie zur Erfassung der Wirkung von Präjudizien	136
III. Normativität und Autorität	142
1. Autorität als Rechtsbegriff	143
a) Begriffliche Annäherung	143
b) Rechtswissenschaftliche Verwendung	145
c) Formelle und informelle Autorität	147
2. Autorität und judikative Rechtserzeugung	148
IV. Ergebnis: Normativität und Autorität als Kategorien zur Erfassung der Wirkungen von Präjudizien	150

5. Kapitel: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Wirkweise von Präjudizien	151
A. Der Grundsatz der Gewaltenteilung als verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt	152
I. Zur Erforderlichkeit einer verfassungstheoretisch angereicherten verfassungsrechtlichen Untersuchung	153
II. Die Bestimmung und Zuordnung hoheitlicher Funktionen zwischen Verfassungstheorie und Verfassungsrechts- dogmatik	157
III. Gewaltenteilung als ausfüllungsbedürftiges Verfassungsprinzip	159
1. Der geringe Aussagegehalt formeller und materieller Rechtsprechungsbegriffe	160
2. Die mangelnde Tragfähigkeit einer funktionell- rechtlichen Begründung	162
IV. Zwischenergebnis: Bestimmung der rechtserzeugenden Funktion der Judikative aus dem Ganzen der Verfassung	165
B. Bestandsaufnahme: Der geringe Aussagegehalt einzelner Vorschriften des Grundgesetzes	166
I. Richterliche Unabhängigkeit: Absage an eine normative Präjudizienwirkung?	166
II. Grundrechtliche Begründungsversuche	172
1. Der Gleichheitssatz als Gebot der Rechtsanwendungs- gleichheit	173
2. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes	178
3. Die Rechtsschutzgarantie und der Justizgewähranspruch	180
III. Die Indifferenz der „Bindung an Gesetz und Recht“	182
IV. Der begrenzte Aussagegehalt des Rechtseinheitsauftrags des Art. 95 Abs. 3 GG	183
V. Zwischenergebnis	188
C. Die Wirkungen von Präjudizien im Lichte von Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip	188
I. Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips: Normativitätsstabilisierung durch Präjudizien	188
1. Die Ableitung verfassungsrechtlicher Vorgaben aus dem Rechtsstaatsprinzip	189
a) Das Rechtsstaatsprinzip als Verfassungsprinzip	189
b) Die inhaltliche Offenheit des Rechtsstaatsprinzips	191
c) Methodische Prämissen der Interpretation des Rechtsstaatsprinzips	193

aa)	Strukturimmanente methodische Prämissen	193
bb)	Die eingeschränkte Bedeutung der historischen Entwicklung	194
cc)	Die mangelnde Aussagekraft des Willens des historischen Verfassungsgebers	197
dd)	Die maßgebliche Bedeutung der Ratio des Rechtsstaatsprinzips	197
ee)	Zwischenergebnis	201
d)	Rechtsbindung und Rechtssicherheit als Kerngehalte des Rechtsstaatsprinzips	201
2.	Die Kompensationsfunktion von Präjudizien im Lichte des Rechtsstaatsprinzips	204
a)	Kompensation der Unbestimmtheit von Rechtsnormen	205
b)	Kompensation der Ergebnisoffenheit der juristischen Methodik	206
c)	Kompensation der fehlenden Erkennbarkeit von Normgehalten	207
d)	Pluralisierung der Entscheidungsmaßstäbe und Präjudizien	207
e)	Zwischenergebnis: Normativitätsstabilisierung durch Präjudizienbeachtung	210
3.	Institutionelle Umsetzung der Kompensationsfunktion: Judikative Rechtserzeugung im Horizont einzelfallbezogener Streitentscheidung	210
a)	Einzelfallbezogene Streitentscheidung als Wesensmerkmal der Rechtsprechung	211
b)	Das Verbot der Eigeninitiative als Grenze judikativer Rechtserzeugung	213
c)	Der Einzelfallbezug als Strukturmerkmal judikativer Rechtserzeugung	213
aa)	Die Kopplung von Rechtserzeugung und Streitentscheidung	213
bb)	Der Einzelfallbezug des gerichtlichen Verfahrens	217
4.	Zwischenergebnis	219
II.	Demokratische Legitimation judikativer Rechtserzeugung	220
1.	Legitimationsbedürftigkeit judikativer Rechtserzeugung	221
a)	Zusammenhang von Funktion und Legitimation	221
b)	Begriff der Legitimation	222
c)	Der geringe Aussagegehalt des Legitimationsniveaus der dritten Gewalt	225
2.	Legitimationsstrukturen der dritten Gewalt	226

3. Legitimation im Lichte institutioneller Wirkungsbedingungen: Judikative Rechtserzeugung als rechtsgebundene Normativitätsproduktion	229
a) Das Recht als alleiniger Entscheidungsmaßstab rechtsprechender Tätigkeit	230
b) Judikative Rechtserzeugung in Unparteilichkeit und Unabhängigkeit	234
aa) Ausschluss eigener Interessen durch den Grundsatz der Unparteilichkeit	235
bb) Ausschluss fremder Interessen durch den Grundsatz der Unabhängigkeit	237
c) Gewährleistung der Rechtsbindung durch Instanzenzug, Kollegialprinzip und Anforderungen an die fachliche Qualifikation	239
aa) Kontrolle der Rechtsbezüglichkeit durch den Instanzenzug	239
bb) Erzwingung rechtlicher Argumente durch das Kollegialprinzip	239
cc) Rechtliche Rationalität durch fachliche Qualifikation und Sozialisation	240
d) Zwischenergebnis	242
4. Legitimation im Lichte institutioneller Zusammenhänge: Judikative Rechtserzeugung im Zusammenwirken mit der legislativen Gewalt	242
a) Stärkung demokratischer Legitimationszusammenhänge durch Präjudizien	243
b) Judikative Rechtserzeugung im Lichte legislativer Verfügungsgewalt	245
c) Entschärfung der Legitimationsproblematik durch Kopplung judikativer Rechtserzeugung an den Einzelfall	247
d) Zwischenergebnis: Die verbleibende Legitimationsproblematik	248
III. Ergebnis	249
D. Konturen und Folgen der verfassungsrechtlich verankerten Präjudizienwirkung	250
I. Präjudizienwirkung im Lichte widerstreitender Prinzipien	251
1. Präjudizienwirkung und die Bindung an das Gesetz: Komplementarität statt Konkurrenz	251
2. Präjudizienwirkung und die Dynamik der Rechtsentwicklung: Kontinuität statt Beständigkeit	253

3.	Präjudizienwirkung und die Flexibilität der Rechtsanwendung: Einzelfallbezug statt Allgemeinverbindlichkeit . . .	255
II.	Konturen und Grenzen einer verfassungsrechtlich begründeten Präjudizienwirkung	256
1.	Die normative Dimension der Präjudizienwirkung	256
2.	Keine Präjudizienbindung aus dem Gebot der Rechtssicherheit	257
3.	Präjudizienwirkung als Berücksichtigungspflicht	259
a)	Pflicht zur Kenntnisnahme	260
b)	Pflicht zur argumentativen Auseinandersetzung	260
c)	Pflicht zur grundsätzlichen Befolgung und zur Begründung von Abweichungen	261
4.	Präjudizienwirkung und die Frage der Selbstbindung . . .	262
III.	Konsequenzen der verfassungsrechtlichen Berücksichtigungspflicht	263
IV.	Verfassungsrechtlich eröffnete Ausgestaltungsspielräume . .	265
1.	Raum für gesetzgeberische Ausgestaltung der Präjudizienwirkung	265
2.	Raum für die Entwicklung einer Dogmatik der Präjudizienwirkung	266
3.	Raum für die Entfaltung der Autorität von Präjudizien . .	267
a)	Akzeptanz	268
b)	Selbstreferentialität	271
c)	Überzeugungskraft	273
E.	Institutionelle Implikationen: Zum Verhältnis von Judikative und Legislative	277
I.	Judikative Rechtserzeugung als autoritative Interpretation des Rechts	277
1.	Interpretationskompetenz und Interpretationsautorität . .	278
2.	Die Autorität judikativer Interpretation	278
II.	Judikative Rechtserzeugung und legislative Rechtsetzung . .	281
F.	Ergebnis	284
6.	Kapitel: Die Wirkweise fachgerichtlicher Präjudizien . .	287
A.	Bestätigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben im höchstrichterlichen Diskurs	289
I.	Anerkennung der Berücksichtigungspflicht im Gerichtsverfassungsrecht und Prozessrecht	289
1.	Bindung des unterinstanzlichen Gerichts im Rechtsmittelverfahren	290

2. Die Regelungen über die Zulassung von Rechtsmitteln . . .	290
3. Divergenzvorlage und Rechtsfortbildungsvorlage	293
4. Auswertung	294
II. Normative Wirkungen von Präjudizien innerhalb der dritten Gewalt	296
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . .	296
a) Zwischen „konstitutioneller Uneinheitlichkeit“ und Willkürverbot	297
b) Der „Geltungsanspruch über den Einzelfall hinaus“ . .	299
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	302
a) Allgemeine Aussagen zur Präjudizienwirkung	302
b) Die Praxis des Revisionsverfahrens: „Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts...“	304
c) Willkürgrenze und höchstrichterliche Rechtsprechung	306
3. Auswertung	308
III. Selbstbindung und die Zulässigkeit von Rechtsprechungsänderungen	309
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . .	310
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	310
a) Das Erfordernis besonderer Gründe für eine Rechtsprechungsänderung	310
b) Die Handhabung der Maßstäbe in der Rechtsprechungspraxis	313
3. Auswertung	317
IV. Richterliche Rechtsfortbildung	319
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . .	319
a) Verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	319
b) Zulässigkeit und Legitimation richterlicher Rechtsfortbildung	321
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	326
3. Auswertung	327
V. Zwischenergebnis: Anerkennung und Bestätigung der verfassungsrechtlichen Berücksichtigungspflicht	327
B. Rekonstruktion einzelner dogmatischer Fragen zur Präjudizienwirkung	329
I. Vertrauensschutz und die Rückwirkung von Rechtsprechungsänderungen	330
1. Der restriktive Ansatz des Bundesverfassungsgerichts . .	330
2. Die Ankündigungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs	331
3. Auswertung und Neubewertung	334

II.	Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot im Lichte der Präjudizienwirkung	336
	1. Bestimmtheit von Rechtsnormen durch judikative Konkretisierung	336
	2. Das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht	337
	3. Auswertung und Neubewertung	338
III.	Präjudizienwirkung im Verwaltungsrecht: Amtshaftung wegen Nichtbeachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	340
	1. Die Nichtbeachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Amtspflichtverletzung?	341
	2. Die Rechtsprechung des BGH: Zwischen Amtspflichtverletzung und Verschulden	342
	3. Auswertung und Neubewertung	345
IV.	Präjudizienwirkung im Verwaltungsverfahrenrecht: Das Wiederaufgreifen des Verfahrens	347
	1. Der offengelassene Regelungsgehalt des § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG	347
	2. Der restriktive Ansatz von Verwaltungsrechtswissenschaft und Rechtsprechung	348
	3. Auswertung und Neubewertung	350
V.	Präjudizienwirkung im Strafverfahrensrecht: Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung	351
	1. Legalitätsprinzip und Auslegungshoheit	352
	2. Die Diskussion in der Strafrechtswissenschaft	352
	3. Die Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte	354
	4. Auswertung und Neubewertung	356
VI.	Präjudizienwirkung im Steuerrecht: Die Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs	357
	1. Die Praxis der Nichtanwendungserlasse	357
	2. Die Auffassung des Bundesfinanzministeriums	359
	3. Die Auffassung des Bundesfinanzhofs	360
	4. Die Diskussion in der Steuerrechtswissenschaft	364
	5. Auswertung und Neubewertung	366
	a) Pflicht zur Begründung von Nichtanwendungserlassen	367
	b) Pflicht zur Aufhebung von Nichtanwendungserlassen im Fall der Bestätigung durch den BFH	367
	c) Verfassungswidrigkeit konkludenter Nichtanwendungserlasse	368
VII.	Zwischenergebnis	370
C.	Ergebnis	371

7. Kapitel: Die Wirkweise von Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts	373
A. Der verfassungsrechtliche Rahmen	375
I. Die verfassungsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts	375
II. Der Prüfungsmaßstab im verfassungsgerichtlichen Verfahren	377
III. Der Streitgegenstand im Organstreitverfahren	378
IV. Die verfassungsrechtliche Ermöglichung der Gesetzeskraft von Entscheidungen	382
V. Das Verfahren der Normenverifikation	384
VI. Die Divergenzvorlage	385
VII. Zwischenergebnis	386
B. Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	387
I. Abgrenzungen	387
1. Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG)	387
2. Rechtskraft	388
3. Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch das Plenum	389
4. Zwischenergebnis	389
II. Die Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG	390
1. Die Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts	392
a) Rezeption der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	392
b) Kohärenz und Kontext der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	394
c) Kategorisierung und Kontextualisierung der Rechtsprechung	395
aa) Bindungswirkung und Zulässigkeit des verfassungsgerichtlichen Verfahrens	396
bb) Bindungswirkung und verfassungsgerichtlicher Entscheidungsmaßstab	400
cc) Bindungswirkung und verfassungsgerichtlicher Entscheidungsausspruch	403
dd) Bindungswirkung und Normwiederholungsverbot	405
(1) Die Spruchpraxis des Zweiten Senats	406
(2) Die Spruchpraxis des Ersten Senats	407
(3) Normwiederholungsverbot und normative Präjudizienwirkung	408
d) Auswertung	410

2. Auslegung von § 31 Abs. 1 BVerfGG	411
a) Klarstellende Vorbemerkungen	411
aa) Streitentscheidung und Rechtserzeugung, Tenor und Entscheidungsgründe	411
bb) Erforderlichkeit weitergehender Differenzierung	413
b) Unergiebigkeit des Wortlauts	414
c) Uneindeutigkeit einer systematischen Betrachtung	415
aa) § 31 Abs. 1 BVerfGG im Lichte des § 31 Abs. 2 BVerfGG	415
bb) § 31 Abs. 1 BVerfGG in der Systematik des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes	416
cc) § 31 Abs. 1 BVerfGG im Kontext anderer Prozessordnungen	417
d) Aussagelosigkeit der Entstehungsgeschichte	418
e) Das Argument des fehlenden Anwendungsbereichs	420
f) Das Argument der fehlenden Abgrenzbarkeit	422
g) Institutionelle Vorverständnisse als Argument	423
h) Der entscheidende Einwand: Inkohärenzen einer extensiven Auslegung	424
aa) Formale Betrachtung: Unstimmigkeiten einer einfachgesetzlichen Anordnung verbindlicher Verfassungsauslegung	424
bb) Strukturelle Betrachtung: Problematik verbindlicher Verfassungsauslegung	426
i) Zwischenergebnis	428
C. Rekonstruktion: Wirkungen bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen	428
I. Streitgegenstandsbezogene Bindungswirkungen	429
II. Streitgegenstandsübergreifende Bindungswirkung: Wiederholungsverbot	430
III. Normative Wirkungen in Parallelfällen	434
IV. Normative Wirkungen bundesverfassungsgerichtlicher Verfassungsauslegung	436
1. Keine Aussage des § 31 Abs. 1 BVerfGG	436
2. Präjudizielle Wirkung auf verfassungsrechtlicher Grundlage	437
3. Judikative Rechtserzeugung als Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit	437
a) Rechtsbindung und Verfassungsgerichtsbarkeit	438
b) Streitentscheidung im verfassungsgerichtlichen Verfahren	440

c) Letztverbindlichkeit im Diskurs der Verfassungsinterpreten	442
d) Das Bundesverfassungsgericht zwischen Gesetzgeber und verfassungsändernder Gewalt	443
e) Zwischenergebnis	444
4. Systematik der präjudiziellen Wirkungen im Einzelnen .	445
a) Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts	445
b) Normative Wirkungen für andere staatliche Organe . .	447
D. Ergebnis	447
8. Kapitel: Grundzüge einer Präjudizienlehre	449
A. Methodenlehre zwischen Dogmatik, Theorie und Praxis	449
B. Vorgaben für die Entstehung von Präjudizien	451
I. Einzelfallbezug und Entscheidungserheblichkeit	452
II. Entscheidungsreichweite und Begründungstiefe	454
III. Entscheidungsdarstellung	457
C. Vorgaben für die Berücksichtigung von Präjudizien	460
I. Die Auslegung von Präjudizien: Funktion und Strukturmerkmale	460
II. Bezugspunkt der Rezeption: Jenseits von ratio decidendi und obiter dictum	463
III. Fortwirkung des Einzelfallbezugs im Rezeptionsprozess . .	465
IV. Differenzierung und Kontextualisierung durch Distinguishing	470
V. Die Abweichung von Präjudizien	472
1. Gründe für eine Abweichung von Präjudizien	473
2. Das „unrichtige“ Präjudiz	474
3. Berücksichtigung der Autorität von Präjudizien	477
a) Die besondere Bedeutung einer ständigen und gefestigten Rechtsprechung	478
b) Die Berücksichtigung des Einzelfallbezugs	480
4. Abweichung und Begründung	483
VI. Ergebnis: Präjudizienberücksichtigung als eigenständiger Argumentationstopos	483
D. Vorgaben für die Änderung von Präjudizien	485
I. Anforderungen an die Rechtfertigung von Rechtsprechungsänderungen	485
II. Rechtsprechungsänderung und Rechtsprechungskonkretisierung	487
III. Rechtsprechungsänderung und Begründung	488

Schlussbemerkungen	491
Zusammenfassung	493
Literaturverzeichnis	513
Personen- und Sachverzeichnis	545

Einleitung

A. Rechtswissenschaftliche Vernachlässigung eines rechtlichen Phänomens

Gerichte entscheiden nicht nur Streitigkeiten, ihnen kommt auch eine maßgebliche Bedeutung für die Auslegung, Konkretisierung und Fortbildung des Rechts zu. Das geltende Recht fließt nicht nur aus den klassischen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsquellen, sondern gewinnt seinen konkreten Gehalt erst unter Einbeziehung gerichtlicher Entscheidungen und im Lichte rechtswissenschaftlicher Aufarbeitungen. Im modernen Rechtssystem greifen Gesetzesrecht und judikativ erzeugtes Recht in komplexer Weise ineinander, und erst ihr Zusammenwirken spiegelt das geltende Recht umfassend wider. In der Rechtspraxis ist dieses Phänomen allgegenwärtig: Der mit einer Rechtsfrage konfrontierte Rechtsanwender sucht eine Antwort keinesfalls allein und zumeist nicht einmal vorrangig in einer gesetzlichen Norm, sondern erschließt sich „die Rechtslage“ über einen Kommentar, der zwar regelmäßig und schon aus Systematisierungsgründen eine textlich fixierte Norm zum Ausgangspunkt nimmt, diese aber rasch in den Kontext der Rechtsprechung und des juristischen Schrifttums stellt:¹ Ein Anwalt, der eine politische Partei vertritt und sich fragt, ob er gegen eine Änderung des Bundeswahlgesetzes im Wege der Verfassungsbeschwerde oder mit einem Antrag im Organstreitverfahren vorgehen soll, ist gut beraten, nicht nur in die einschlägigen Vorschriften des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes zu schauen, sondern sein weiteres Vorgehen an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auszurichten. Dieses Phänomen kommt in den viel zitierten Worten des US-amerikanischen Juristen und Politikers *Charles Evans Hughes* aus dem Jahr 1907 prägnant zum Ausdruck:

„We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.“²

Mit subtil abweichenden Nuancen resümierte *Rudolf Smend* 1962 zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts:

¹ Plastisch *M. Kriele*, Richterrecht und Rechtspolitik, ZRP 2008, S. 51 (52); *M. Shapiro*, Courts, 1981, S. 135.

² *C. E. Hughes*, Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907, in: *C. E. Hughes*, Addresses of Charles Evans Hughes 1906–1916, 2. Aufl. 1916, S. 179 (185).

„Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne.“³

Dass sich „die Rechtslage“ nicht durch einen bloßen Blick ins Gesetz ermitteln lässt, wird heute kaum mehr ernsthaft bestritten.⁴ Und dass Präjudizien auch die richterliche Rechtspraxis prägen, wird ebenfalls nicht in Abrede gestellt, so dass *Andreas Voßkuhle* wohl unwidersprochen feststellen kann:

„Die Auseinandersetzung und der Vergleich mit anderen Fällen in der Entscheidungsbegründung ist zentraler Bestandteil richterlicher Rechtsfindung.“⁵

Gerichtliche, insbesondere höchstrichterliche Entscheidungen prägen die rechtliche Praxis damit in einer Weise, die den Gesetzestext oftmals in den Hintergrund treten lässt. Eine umfassende rechtswissenschaftliche Aufarbeitung dieses Phänomens sucht man dennoch vergeblich.⁶ Während sich die Rechtswissenschaft intensiv mit der Frage befasst, *wie* der Richter einen Rechtsstreit entscheiden soll oder entschieden hat, rückt die Frage, welche über den Einzelfall hinausgehenden *Wirkungen* die getroffene Entscheidung entfaltet, in den Hintergrund.⁷ Kritische Auseinandersetzungen mit der Rechtsprechung setzen regelmäßig an der inhaltlichen Richtigkeit einer Entscheidung oder Entscheidungslinie an und bewerten diese unter methodischen und dogmatischen, gegebenenfalls unter funktionell-rechtlichen, verfassungstheoretischen oder rechtspolitischen Gesichtspunkten. Dabei wird zwar auch der Frage nachgegangen, welche Konsequenzen eine Entscheidung für Parallel- oder Folgefälle hat. Die Frage, *warum* eine Gerichtsentscheidung über den Einzelfall hinaus rechtliche Relevanz hat und *auf welche Weise* die Entscheidung für Parallel- und Folgefälle rechtliche Wirkungen entfaltet, wird indes nur selten gestellt. Vielfach wird schlicht hingenommen, dass höchstrichterlicher Rechtsprechung eine „unge-

³ R. Smend, Das Bundesverfassungsgericht, in: R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 581 (582).

⁴ B. Rütters, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 163: „Alle juristischen Berufe finden das geltende Recht zuverlässig nicht mehr in den geltenden Gesetzen, sondern in den rechtskräftigen Entscheidungen der zuständigen obersten Gerichte.“

⁵ A. Voßkuhle, Rechtsprechen, in: H. Kube u. a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Bd. I, 2013, § 86 Rdnr. 7.

⁶ So der Befund von F. Wittreck, Die Verwaltung der dritten Gewalt, 2006, S. 135 f. An anderer Stelle konstatiert Wittreck ein generelles Aufmerksamkeitsdefizit der Wissenschaft vom öffentlichen Recht mit Blick auf die dritte Gewalt, siehe F. Wittreck, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, VVDStRL 74 (2015), S. 115 (118 f.). Siehe auch H. Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rdnr. 140, demzufolge „die Existenz und die Qualität des Richterrechts noch nicht geklärt sind.“

⁷ So auch der Befund von C. Schönberger, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 296 (315).

fähre, verschwommene, allgemeine Verbindlichkeit“ zukommt.⁸ Die Wirkung von Präjudizien verbleibt damit im „halblegitimen und daher halbdunklen Bereich.“⁹ Dass es sich bei diesen Unsicherheiten um kein neues Phänomen handelt, sondern vielmehr um ein Leitmotiv der Rechtswissenschaft, zeigt ein Zitat aus einer Abhandlung aus dem späten 18. Jahrhundert:

„So häufig man sich in praktischen Rechtsgeschäften auf den Gerichtsgebrauch beruft, so sehr fehlt es doch der Lehre von demselben an einer haltbaren rechtlichen Grundlage.“¹⁰

Dieser Befund bedeutet freilich nicht, dass der Präjudizienfrage in aktuellen rechtswissenschaftlichen Zusammenhängen keine Bedeutung zukäme. Sie spielt, im Gegenteil, in einer Vielzahl von Kontexten eine zentrale Rolle: im Diskurs über die Gesetzes- und Rechtsbindung des Richters und die Möglichkeit gesetzlicher Determinierung richterlicher Entscheidungen, im Diskurs über Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und von Richterrecht, im Diskurs über eine mögliche Bindung der Verwaltung an höchstrichterliche Präjudizien. All diese Diskussionen betreffen jedoch nur Teilausschnitte des Beitrags der Judikative zur Rechtsordnung, der in seiner Gesamtheit und als grundlegende Funktion der dritten Gewalt nur selten in den Blick genommen und noch seltener vertieft behandelt wird. Dies ist auf der einen Seite verwunderlich, steht doch die praktische Bedeutung der Auslegung, Konkretisierung und Fortbildung des Rechts durch die Rechtsprechung außer Frage. Andererseits erklärt sich die Abwesenheit umfassender Untersuchungen aus der Vielschichtigkeit des Phänomens: Judikative Rechtserzeugung spielt sowohl im öffentlichen Recht als auch im Zivilrecht und Strafrecht eine Rolle, lässt sich somit nicht explizit oder gar exklusiv einer der drei rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen zuordnen. Es verwundert daher nicht, dass judikative Rechtserzeugung am intensivsten in den rechtsgebietsübergreifenden Disziplinen der Rechtstheorie und der Methodenlehre behandelt wird, wobei aber auf die Besonderheiten der einzelnen Rechtsgebiete sowie auf die Bedeutung organisatorischer und verfahrensrechtlicher Fragen allenfalls am Rande eingegangen wird.

Präjudizien haben jedoch nicht nur eine rechtstheoretische und methodische Dimension, sondern sie werfen auch grundlegende verfassungsrechtliche Fragen auf. Wenn die Rechtsprechung nicht nur vom Gesetzgeber gesetztes Recht anwendet, sondern selbst Recht erzeugt, wie lässt sich die Judikative dann im System der Gewaltenteilung verorten und wie verhält sie sich zur Gesetzgebung?¹¹ Ist der judikative Beitrag zur Rechtsordnung strukturell mit legislativer

⁸ G. Roellecke, Über richterliche Gewalt und höchstrichterliche Entscheidung, in: G. Roellecke (Hrsg.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, 1982, S. 1 (16).

⁹ F. Bydliński, Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, S. 149 (150).

¹⁰ E. A. Haus, Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs, 1798, S. 1.

¹¹ Dazu bereits N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 305 ff.

Rechtsetzung vergleichbar, sind Gesetzgeber und Gerichtsbarkeit insofern austauschbar? Oder bestehen grundlegende Unterschiede zwischen den beiden Funktionen – Unterschiede, die in der Organisation und im Verfahren der beiden Institutionen ebenso ihren Niederschlag finden wie in der unterschiedlichen Wirkung des von ihnen erzeugten Rechts?

B. Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse

Die vorliegende Arbeit möchte Verbindungslinien zwischen den angesprochenen Diskursen aufzeigen und einen Beitrag zu einer ganzheitlichen Betrachtung des Phänomens der judikativen Rechtserzeugung und der Wirkung von Präjudizien leisten. Sie beruht auf der Annahme, dass eine Verengung des Blickwinkels auf einzelne Aspekte, wie etwa auf die Frage der Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, zwar durchaus ihre Berechtigung hat, aber immer nur einen Teilaspekt der Problematik erfassen kann. Demgegenüber wählt die Untersuchung einen institutionellen Fokus und stellt die grundsätzliche verfassungsrechtliche Frage, inwiefern die dritte Gewalt zur Rechtserzeugung berechtigt ist, wie sich judikative Rechtserzeugung von legislativer Rechtsetzung unterscheidet und welche Rückschlüsse sich hieraus für das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung ziehen lassen. Diese verfassungsrechtliche Fragestellung weist sowohl eine verfassungsrechtsdogmatische als auch eine verfassungstheoretische Dimension auf. Die Arbeit verfolgt zudem ein rechtstheoretisches Interesse, indem sie die Bedeutung judikativer Rechtserzeugung in ihrem Verhältnis zur Gesetzesnorm untersucht, womit Fragen der rechtsquellentheoretischen Einordnung von Präjudizien sowie der konzeptionellen Erfassung der Präjudizienwirkung angesprochen sind. Auf der Grundlage dieser Überlegungen können schließlich rechtsdogmatische Einzelfragen der Bedeutung von Präjudizien in den Blick genommen und normative Maßstäbe für den Umgang mit gerichtlichen Entscheidungen und somit Grundzüge einer Präjudizienlehre entwickelt werden.

C. Rechtswissenschaftstheoretische Prämissen

I. Rechtswissenschaftspluralismus

Diese methodenpluralistische Vorgehensweise¹² beruht auf zwei Prämissen: Erstens sollte rechtswissenschaftliches Arbeiten aus mehr als nur dogmatischer Analyse des positiven Rechts bestehen. Der viel betonte Anwendungs- und Praxisbezug der Rechtsdogmatik macht zwar einen nicht unerheblichen Bestandteil der Rechtswissenschaft aus, rechtswissenschaftliche Analysen sind allerdings nicht darauf beschränkt. In diesem Sinne verfolgt die vorliegende Arbeit das Ziel, zum Verständnis von Präjudizien und judikativer Rechtserzeugung beizutragen, und versteht sich somit als Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Grundlagenforschung.

Zweitens erfolgt die Untersuchung vor dem Hintergrund der Überzeugung, dass auch rechtsdogmatische Fragestellungen besser bearbeitet werden können, wenn ihre rechtstheoretischen und verfassungstheoretischen Prämissen reflektiert und offengelegt werden. Theoretisches Arbeiten dient insofern der Aufdeckung von Vorverständnissen und von Kontexten, die sich nicht unmittelbar in der Rechtsdogmatik abbilden lassen, die aber dogmatischen Argumenten zugrunde liegen können und auf diese Weise das geltende Recht beeinflussen. Nicht jede dogmatische Frage muss in einer solchen ganzheitlichen rechtswissenschaftlichen Perspektive bearbeitet werden, vielmehr erfolgt die Wahl des rechtswissenschaftstheoretischen Blickwinkels aus den Eigenheiten des Untersuchungsgegenstands. Gerade die Frage der judikativen Rechtserzeugung und Präjudizienwirkung erscheint dabei als prädestiniert für eine rechtswissenschaftspluralistische Untersuchung und lässt für ihre vollständige Erfassung eine Kombination von Rechtstheorie, Verfassungstheorie und Rechtsdogmatik erforderlich erscheinen.

II. Rechtswissenschaftliche Zugänge

Aufgrund der herausragenden Stellung der Rechtsdogmatik in der Rechtswissenschaft erscheint diese Annahme begründungsbedürftig: Denn auf den ersten Blick legt es der Fokus der deutschen Rechtsordnung und Rechtstradition auf das staatlich gesetzte, im Regelfall geschriebene Recht nahe, die Frage nach der streitgegenstandsübergreifenden Wirkung von gerichtlichen Entscheidungen primär oder sogar ausschließlich als Frage des positiven Rechts zu verstehen. In diesem Sinne lässt sich etwa die Aussage des Bundesverfassungsgerichts deuten, dass die Rechtspflege aufgrund der in Art. 97 Abs. 1 GG verankerten richter-

¹² Zum Methodenpluralismus im öffentlichen Recht statt vieler *A. von Arnould*, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, *VVDStRL* 74 (2015), S. 39 (41 ff.).

lichen Unabhängigkeit „konstitutionell uneinheitlich“ sei, sodass die Abweichung eines Gerichts von der Rechtsprechung eines anderen Gerichts grundsätzlich keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes darstelle.¹³ Auch zahlreiche Stellungnahmen im Schrifttum lassen erkennen, dass sie die Frage der Bindungswirkung als dogmatische Frage des geltenden Rechts begreifen. Exemplarisch zeigt sich dieser Fokus auf das positive Recht in der Feststellung von *Peter Badura*, dass Präjudizien keine selbständige Bindungswirkung zukomme, soweit diese nicht besonders angeordnet sei.¹⁴ Dieses Verständnis kommt auch zum Ausdruck im Ausspruch von *Karl Larenz*, wonach der deutsche Gesetzgeber eine Präjudizienbindung nicht gewollt habe und die deutschen Gesetze keine allgemeine Bindung der Gerichte an Präjudizien vorsähen.¹⁵ Mit ähnlicher Stoßrichtung verneinen *Robert Alexy* und *Ralf Dreier* eine formale Bindungswirkung von Präjudizien in der deutschen Rechtsordnung, da es mit Ausnahme von § 31 BVerfGG für die Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts keine Anhaltspunkte hierfür im positiven Recht gebe.¹⁶

Aus mehreren Gründen, die im Verlauf der Untersuchung näher ausgeführt und daher an dieser Stelle nur angedeutet werden sollen, erscheint eine rein rechtsdogmatische Analyse des positiven Rechts unzureichend, um das Phänomen der Präjudizienwirkung zu erfassen. Erstens zeigt bereits ein rechtshistorischer Blick zurück, dass die Frage der normativen Wirkung von Präjudizien regelmäßig kein Gegenstand rechtlicher Normierung ist und dass immer dann, wenn die Verbindlichkeit von Präjudizien ausgeschlossen oder angeordnet werden sollte, das geschriebene Recht die Rechtspraxis nur unzureichend gesteuert und reflektiert hat.¹⁷ Dieser Befund lässt sich auch rechtsvergleichend erhärten.¹⁸ Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich legen vielmehr nahe, dass die Wirkung von Präjudizien sich nicht allein aus dem geschriebenen Recht ergibt, son-

¹³ BVerfGE 78, 123 (126); 87, 273 (278).

¹⁴ *P. Badura*, Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht, in: U. Blaurock (Hrsg.), Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, 1985, S. 49 (50); ähnlich *K. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 567, die darauf abstellen, dass es „[n]ach deutschem Recht“ grundsätzlich keine Präjudizienbindung gebe; *G. Hoffmann*, Verfassungsbezogenes Richterrecht und Verfassungsrichterrecht, in: D. Bickel u. a. (Hrsg.), Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, 1985, S. 183 (210), der darauf abstellt, dass es keine Norm gibt, die das Richterrecht mit Rechtsverbindlichkeit ausstattet.

¹⁵ *K. Larenz*, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: H. W. Fasching/W. Kralik (Hrsg.), Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, 1969, S. 247 (255 f.).

¹⁶ *R. Alexy/R. Dreier*, Precedent in Germany, in: N. MacCormick/R. S. Summers (Hrsg.), Interpreting Precedents, 1997, S. 17 (26); siehe auch *M. Jestaedt*, Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechung von Grenzorganen aus Sicht der Reinen Rechtslehre, in: C. Jabloner (Hrsg.), Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur, Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Mayer, 2007, S. 9 (32); besondere Betonung auch bei *P. Reimer*, Verfahrenstheorie, 2016, S. 99 f.

¹⁷ Dazu 3. Kap.

¹⁸ Zum historischen Hintergrund und zur nur begrenzten Bedeutung von Methodennor-

dern in hohem Maße davon beeinflusst ist, welche Bedeutung Gerichte, Rechtsanwender, Rechtsunterworfenen und Rechtswissenschaftler judikativen Vorentscheidungen beimessen. Mit *Joseph Raz* ist davon auszugehen, dass die Praxis judikativer Institutionen regelmäßig das Produkt informeller Traditionen und langsamer Evolution ist.¹⁹

Dementsprechend zeigt sich zweitens, dass das geschriebene Recht grundsätzlich keine ausdrückliche oder vollumfängliche Regelung der Präjudizienfrage enthält. Weder die deutsche Verfassungsordnung noch das einfachgesetzlich ausgestaltete Prozess- und Gerichtsverfassungsrecht enthalten – mit Ausnahme des nur auf den ersten Blick eindeutigen § 31 Abs. 1 BVerfGG²⁰ – ein explizites Bekenntnis zu einer verbindlichen oder sonstigen normativen Wirkung von Gerichtsentscheidungen über den Streitgegenstand hinaus. Gleichzeitig wird eine solche Wirkung auch nicht explizit ausgeschlossen. Das positive Recht enthält zwar Anhaltspunkte für die Wirkung von Präjudizien, doch gerade diejenigen Grundsätze, mit denen regelmäßig versucht wird, eine Präjudizienbindung zu begründen oder abzulehnen – der Gleichheitssatz, der Grundsatz der Rechtssicherheit, die richterliche Unabhängigkeit, das Gewaltenteilungsprinzip –, sind in besonderem Maße interpretationsoffen, historisch kontingent und von Vorverständnissen geprägt.²¹ Damit ist die Präjudizienfrage in besonderem Maße anschlussfähig für rechtstheoretische und verfassungstheoretische Überlegungen, die ihrerseits Auswirkungen auf dogmatische Fragestellungen haben.

Drittens zeigt sich in rechtstheoretischer Perspektive, dass die Frage der Präjudizienwirkung sich nicht in der auf Verbindlichkeit fokussierten und primär mit binären Codierungen (Bindung ja/nein) arbeitenden Rechtsdogmatik erschöpfend abbilden lässt.²² Die in dieser Untersuchung entwickelte These lautet demgegenüber, dass Präjudizien nicht verbindlich oder unverbindlich sind, sondern dass sie eine normative Wirkung entfalten, die ihnen im Rechtsdiskurs eine besondere Autorität verleiht, ohne dass sie zu echter Rechtsverbindlichkeit erstarken würden. Als rechtliches Phänomen bedarf diese normative Wirkung eines rechtswissenschaftlichen Zugriffs.

men C. Wendehorst, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen, *RabelsZ* 75 (2011), S. 730.

¹⁹ *J. Raz*, *The Authority of Law*, 2. Aufl. 2009, S. 180; zur Charakterisierung der Präjudizienwirkung als „judicial norm“ auch *N. Duxbury*, *The Nature and Authority of Precedent*, 2008, S. 114 und S. 116 („*Stare decisis* is usually not a constitutional or statutory requirement, but one which courts impose on themselves“).

²⁰ Dazu 7. Kap.

²¹ Dazu 5. Kap.

²² Dazu 4. Kap., E.II.