

Recht und Form

Form, Stil und Substanz gerichtlicher Urteile – am Beispiel der Verfassungsgerichtsbarkeit

Gertrude Lübbe-Wolff

Kurzzusammenfassung

Entscheiden und argumentieren Verfassungsrichter individuell oder gemeinsam? Wie spiegeln sich die diesbezüglichen Praktiken und ihre Veränderungen in Traditionen formaler Hervorhebung des Individuellen oder Kollegialen der Entscheidungsproduktion? Müssen Entscheidungen durchweg begründet werden? Wird autoritativ im Duktus logischer Ableitung begründet oder werden diskursiv die Schwierigkeiten der Rechtskonkretisierung verdeutlicht? Fallen die Begründungen kurz oder lang aus, leserfreundlich oder nicht? Wie wird zitiert, gegliedert, unterschrieben? In alledem und mehr unterscheiden sich die Kulturen der Präsentation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Der Beitrag analysiert solche Unterschiede und ihre Hintergründe. Die Varianten in Form und Stil gerichtlicher Entscheidungen sind den Entscheidungen in der Regel nicht bloß äußerlich, sondern stehen für etwas Substantielles. Sie sagen etwas aus über das Zustandekommen der Entscheidung, über den Geist, im dem gearbeitet wird, und damit über Faktoren, die auch für die inhaltlichen Ergebnisse der Spruchtätigkeit und deren Funktionalität nicht gleichgültig sind. Das bedeutet allerdings nicht, dass schon Änderungen im Stil genügen, um zu Änderungen auch in der Substanz zu gelangen. Der in den Kulturwissenschaften verbreitete Voodoo-Glaube, dass schon mit Operationen an Symbolen, Zeichen, Namen eine Änderung in der Substanz des Symbolisierten, Bezeichneten, Benannten zu bewirken sei, ist in Bezug auf die Rechtsprechung so verfehlt wie sonst.

Als Verfassungsgerichte bezeichne ich im Folgenden, einem verbreiteten Sprachgebrauch gemäß, nicht nur Verfassungsgerichte im engeren Sinne, die, wie das Bundesverfassungsgericht, der österreichische Verfassungsgerichtshof und viele andere, diese Bezeichnung oder ein Äquivalent in einer anderen Sprache im Namen tragen, sondern auch Höchstgerichte, die in Ländern ohne namentlich so genanntes Verfassungsgericht unter Bezeichnungen wie „Supreme Court“, „Supremo Tribunal“ u.ä. firmieren, die aber zumindest einzelne typische verfassungsgerichtliche Kompetenzen haben, insbesondere die der Prüfung von Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit der

jeweiligen Verfassung. Bei der erstgenannten Gruppe handelt es sich um spezialisierte, ausschließlich für die Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts zuständige Verfassungsgerichte; daher die spezielle Benennung. Die Gerichte zweiten Gruppe (*Supreme Courts* u.ä.) fungieren dagegen zugleich, und meist ganz schwerpunktmaßig, als das höchste für die Anwendung und Auslegung einfachen Rechts zuständige Gericht. Aber Sie nehmen eben *auch* verfassungsgerichtliche Aufgaben wahr. Was das Bundesverfassungsgericht angeht, betrachte ich, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes angegeben ist, nur die Entscheidungen der Senate, also der beiden achtköpfigen Spruchkörper, in die das Gericht sich gliedert.

Noch eine terminologische Vorbemerkung: Das Wort „Urteil“ hat im deutschen juristischen Sprachgebrauch eine Bedeutung, die enger ist als die umgangssprachliche: „Urteil“ heißen nur Gerichtsentscheidungen, die auf der Grundlage einer mündlichen Verhandlung ergehen. Entscheidungen, die ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung ergehen, werden als Beschlüsse bezeichnet. Nicht alle Rechtsordnungen kennen aber diesen oder einen genau analogen terminologischen Unterschied. Wenn im Folgenden von „Urteilen“, hauptsächlich von solchen, die in anderen Rechtsordnungen ergehen, die Rede ist, verwende ich den Ausdruck nicht in der speziellen Bedeutung, die er im deutschen Recht hat.

I. Einheit des gerichtlichen Urteils oder Vielheit der „Urteile“ einzelner Richter

Der auffälligste Unterschied in der Gestalt richterlicher Urteile, auf den man beim Vergleich von Gerichtsentscheidungen aus unterschiedlichen Rechtssystemen stößt, liegt im Ob und Wie der Verbindung der Meinungen der beteiligten Richter zu *einer Entscheidung des Gerichts*. Auf diesen Unterschied stößt man überall, wo gerichtliche Spruchkörper aus mehr als einem Richter bestehen.

Beim französischen *Conseil constitutionnel*, bei der italienischen *Corte Costituzionale*, beim österreichischen Verfassungsgerichtshof beispielsweise werden Sie stets *eine Entscheidung des Gerichts*, und nur die, antreffen, dagegen keinerlei richterliche Einzelmeinungen, denn Sondervoten sind bei diesen Gerichten ausgeschlossen.

Bei den *Supreme Courts* von Indien und Norwegen, beim brasilianischen *Supremo Tribunal Federal* und etlichen anderen Höchstgerichten dagegen bestehen die Entscheidungen des Gerichts in aller Regel aus einer Sammlung der Meinungen jedes einzelnen mitwirkenden Richters, die allerdings in vielen Fällen so aussieht, dass alle weiteren Richter erklären, der Meinung des Verfassers der erstplazierten Meinung zuzustimmen. Zusammen-

gehalten wird das Ganze nur durch eine Kopfpartie, die (mindestens) das entscheidende Gericht und das Verfahren bezeichnet, in dem entschieden wurde, und womöglich – hier wiederum unterscheiden sich die diversen Gerichte – durch eine vorangestellte Zusammenfassung des Sachverhalts und der wichtigsten Ergebnisse und/oder eine gemeinsame Formulierung des Urteilstenors.

Die grundlegenden Unterschiede gehen auf die historischen Traditionen zweier Rechtskreise zurück: Einerseits die kontinentaleuropäische Tradition, in der es im Gefolge kirchenrechtlicher Regeln und kirchengerichtlicher Usancen üblich geworden ist, dass plurale gerichtliche Spruchkörper *per curiam*, also durch den Spruchkörper als solchen, entscheiden.¹ Andererseits die Tradition des *common law*, die stärker den Sitten aus der Zeit eines noch illiteraten Richtertums verhaftet geblieben ist, als nach öffentlicher Anhörung der Prozessparteien die Richter nacheinander – lateinisch: *seriatim* – ihre Stimme abgaben.²

Inzwischen haben sich die unterschiedlichen Jurisdiktionskulturen einander angenähert. So ist es beim *Supreme Court* der USA schon zu Beginn des 19. Jahrhundert unter dem berühmten *Chief Justice* John Marshall üblich geworden, dass eine *opinion of the court* verfasst wird, die das sei es einstimmige oder mehrheitliche Votum der Richter wiedergibt und neben

1 Üblicherweise erfolgte und erfolgt bis heute diese Entscheidung ohne namentliche Nennung eines Entscheidungsverfassers. Das ist allerdings nicht ausnahmslos der Fall. Bei Entscheidungen der italienischen *Corte Costituzionale* z.B. wird regelmäßig der Berichterstatter (*relatore*) und, wenn dieser ausnahmsweise nicht zugleich der Entscheidungsverfasser war, zusätzlich der des Verfassers (*redattore*) genannt. Im *common-law*-Rechtskreis wird als *per-curiam*-Entscheidung nur eine Entscheidung bezeichnet, die keinen Entscheidungsverfasser benennt, s.u. Fn. 5.

2 Näher dazu G. Lübbe-Wolff, Cultures of Deliberation in Constitutional Courts, in: P. Maraniello (Hrsg.), Justicia Constitucional, La Justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias, Resistencia, Chaco: Contexto 2016, S. 37 ff.; *dies.*, Why is the German Federal Constitutional Court a deliberative court, and why is that a good thing?, in: W. Ernst/B. Häcker (Hrsg.), Counting votes and weighing opinions. Collective judging in comparative perspective, Cambridge, Mass.: Intersentia, im Erscheinen, jew. m.w.N. Auch im Mutterland des *common law* gibt es allerdings einzelne Gerichte mit einer Tradition des kollegialen Entscheidens; das bekannteste Beispiel ist das *Privy Council*, bei dem bis 1966 die Veröffentlichung abweichender Meinungen unzulässig war, s. Lord Mance [zu den stilistischen Üblichkeiten im Vereinigten Königreich gehört es, dass Richter, oft auch außerhalb ihrer Urteile, als Autoren mit Titel, ohne Nennung des Vornamens erscheinen], The common law and Europe: differences of style or substance and do they matter?, Holdsworth Club Presidential Address, 24. November 2006 <<https://www.birmingham.ac.uk/Documents/college-artslaw/law/holdsworth-address/holdsworth06-07-mance.pdf>>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019, S. 6 f.

der gegebenenfalls separate *opinions* der im Ergebnis in der Minderheit gebliebenen oder in der Begründung abweichenden Richter (*dissenting* oder *concurring opinions*) stehen.³ Auch viele andere Gerichte des *common-law*-Rechtskreises haben sich in größerem oder geringerem Maß in Richtung auf kollegiales Entscheiden hin bewegt. Umgekehrt sind mittlerweile bei den weitaus meisten kontinentaleuropäischen und auch bei vielen am kontinentaleuropäischen Modell orientierten Verfassungsgerichten, und oft nur bei den Verfassungsgerichten des jeweiligen Landes, Sondervoten zulässig.⁴ Für das Bundesverfassungsgericht gibt es diese Öffnung seit 1970.

Die Unterschiede zwischen den beiden Traditionen sind damit aber keineswegs ganz verschwunden. Vor allem ist der tieferliegende Unterschied in der Entscheidungsproduktion erhalten geblieben, der darin liegt, dass in der *common-law*-Tradition eine Mehrheit der Richter nur für das jeweilige Entscheidungsergebnis benötigt wird, während sich in der kontinentaleuropäischen Tradition, im sogenannten *civil-law*-Rechtskreis, das Erfordernis einer Mehrheit auch für die Entscheidungsgründe durchgesetzt hat. Das ist ein sehr fundamentaler Unterschied, der, wie alles Institutionelle, sowohl von bestimmten Vorverständnissen geprägt ist als auch seinerseits bewusstseinsprägend wirkt. Ein Mehrheitserfordernis für die Entscheidungsbegründung ist Ausdruck eines kollegialen, korporativen Verständnisses, dem zufolge die zu treffende Entscheidung nicht die Summe der Entscheidungen der Richter des Spruchkörpers ist, sondern *eine* Entscheidung *des Gerichts*. Zugleich steigert und befestigt das extensive Mehrheitserfordernis die in ihm vorausgesetzte Kollegialität. Diese Wirkung hat es nicht nur deshalb, weil es die Menge des notwendigerweise zu Besprechenden erhöht, sondern weil ohne ein gewisses Maß an Bereitschaft, aufeinander zuzugehen, unter der Geltung eines solchen Mehrheitserfordernisses eine Entscheidung in vielen Fällen gar nicht möglich ist. Es gibt ja kein Gesetz der Logik, aus dem folgen würde, dass eine Richtermehrheit, die gemeinsam für ein bestimmtes Entscheidungsergebnis steht, sich auch auf

3 S. statt vieler M. I. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York: Pantheon Books 2015, S. 37 ff.

4 Überblick für 21 Mitgliedstaaten der EU mit kontinentaleuropäischer Rechtstradition bei K. Kelemen, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective*, London/New York: Routledge 2018, S. 82. Außerhalb Europas schließen vor allem die an der französischen Tradition orientierten französischen Staaten Sondervoten nach wie vor aus. In Staaten mit noch ungefestigter Rechtsstaatlichkeit kann das zur Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit auch durchaus sinnvoll sein.

eine gemeinsame Begründung für dieses Ergebnis verständigen kann. In dem extensiven Mehrheitserfordernis der kontinentaleuropäischen Tradition steckt also schon ein institutionalisierter Kompromisszwang. Für das tradierte Selbstverständnis von Richtern des *common-law*-Rechtskreises verbietet sich ein solcher Kompromisszwang eben deshalb, weil es in dieser Tradition der einzelne Richter ist, der urteilt. Das kommt selbst in den *common-law*-Jurisdiktionen, in denen man eine *opinion of the court* verfasst, meist noch darin zum Ausdruck, dass ein namentlich genanntes Mitglied des Gerichts als Verfasser dieser *opinion* auftritt.⁵ Es zeigt sich auch darin, dass abweichende Meinungen als Teil der gerichtlichen Entscheidung gel-

-
- 5 Am Beispiel des vom *US Supreme Court* am 27. Februar 2019 entschiedenen Falles *Garza v. Idaho*, <https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1026_2c83.pdf>, zuletzt aufgerufen am 27.3.2019>: In der vorangestellten Zusammenfassung (*syllabus*) heißt es: „SOTOMAYOR, J., delivered the opinion of the Court, in which ROBERTS, C. J., and GINSBURG, BREYER, KAGAN, and KAVANAUGH, JJ., joined. THOMAS, J., filed a dissenting opinion, in which GORSUCH, J., joined, and in which ALITO, J., joined as to Parts I and II.“ Auf den *syllabus* folgt unter der auf den nachfolgenden Seiten jeweils wiederholten Kopfzeilüberschrift „Opinion of the Court“ auf einige weitere Formalien (wie u.a. Bezeichnung des Gerichts, Nennung des Aktenzeichens, der Parteien und des Datums) die mit „JUSTICE SOTOMAYOR delivered the opinion of the Court“ eingeleitete *opinion of the court*. Darauf schließt sich, ohne neuerliche Nennung der Richter, die sich dieser *opinion* angeschlossen haben, unter der wiederum auf den nachfolgenden Seiten wiederholten Kopfzeilüberschrift „THOMAS, J., dissenting“ mit Wiederholung der genannten Formalien und mit der Einleitung „JUSTICE THOMAS, with whom JUSTICE GORSUCH joins, and with whom JUSTICE ALITO joins as to Parts I and II, dissenting“ die abweichende Meinung des Richters Thomas an. Hin und wieder ergeben allerdings Entscheidungen ohne Angabe des Autors, die dann als *per curiam*-Entscheidungen bezeichnet werden, s. dazu <<https://www.supremecourt.gov/opinions/opinions.aspx>>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019, sowie M. P. Hitt, *Inconsistency and Indecision in the United States Supreme Court*, Ann Arbor: University of Michigan Press 2019, S. 30 ff. und *passim*. Bei einigen Höchstgerichten des *common-law*-Rechtskreises hat es eine noch deutlichere Bewegung hin zu weniger Individualismus gegeben. So ist es beim *High Court* Australiens im Zuge einer Entwicklung hin zu kollegialerem Entscheiden mit weniger abweichenden Meinungen üblich geworden, für die Gerichtsentscheidung im engeren Sinne keine individuellen Verfasser mehr auszuweisen. Nur noch für etwaige abweichende Meinungen zeichnen einzelne Mitglieder des Gerichts individuell verantwortlich, im Übrigen erscheinen ohne Individualisierung eines Verfassers die Namen aller eine Entscheidung tragenden Richter auf jeder Entscheidungsseite (s. die auf der Webseite des Gerichts abrufbaren Entscheidungen). Auch beim kanadischen *Supreme Court* ergibt inzwischen ein Teil der Entscheidungen als solche des Gerichts ohne ausgewiesene individuelle Autorschaft, s. P. McCormick/M.D. Zanoni, *By the Court. Anonymous Judgments at the Supreme Court of Canada*, Vancouver und Toronto: UBCPress 2019; P. McCormick, *Who Writes? Gender and Judgment Assignment on*

ten, während sie in der kontinentaleuropäischen Tradition, sofern überhaupt zugelassen, in der Regel als etwas Danebenstehendes behandelt werden,⁶ und dass es im anglophonem Rechtssprachgebrauch üblich ist, auch Sondervoten als *judgment* zu bezeichnen.

Diese Unterschiede in der Konzeption und prozeduralen Ausgestaltung dessen, was eine Gerichtsentscheidung ist und wie sie sich zur Entscheidung des einzelnen Richters verhält, sind ungeheuer folgenreich. Sie prägen nicht nur die Form und den sprachlichen und argumentativen Stil der Entscheidungen, sondern auch die Substanz. Vor allem produziert die Kollegialkultur der *per-curiam*-Tradition mehr Deliberation, mehr Kompromiss, mehr Konsens und damit eine tendenziell mittigere Rechtsprechung als die individualistischere Kultur, die aus der *seriatim*-Tradition im *common-law*-Rechtskreis erwachsen ist.⁷

Tatsächlich kommen bei Höchstgerichten in angelsächsisch geprägten Rechtskulturen abweichende Meinungen typischerweise in sehr viel größerer Zahl vor als bei kontinentaleuropäischen und kontinentaleuropäischen, denen die Veröffentlichung abweichender Meinungen erlaubt ist.

the Supreme Court of Canada, *Osgoode Hall Law Journal* 51, 2015, S. 592 (605, 606, 609, 616, 617, 618). S. dagegen für den hinsichtlich der Verfasserangabe an der individualistischeren Tradition festhaltenden *Supreme Court* des Vereinigten Königreichs *J. Mance* [Lord Mance], In A Manner of Speaking: How Do Common, Civil and European Law Compare?, *RabelsZ* 78, 2014, S. 231 (233 f.). Auch beim *UK Supreme Court* hat aber in den zurückliegenden Jahren der Anteil der einstimmigen Entscheidungen und der gemeinschaftlich verfassten Mehrheitsentscheidungen zugenommen. So wurde zum Beispiel die einstimmige Entscheidung vom 19. September 2019 zur Prorogation des Parlaments als „*Judgment of the Court*“ für alle elf beteiligten Richter gemeinsam von der Präsidentin und dem Vizepräsidenten des Gerichts verfasst, s. <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>>, zuletzt aufgerufen am 31.7.2020.

6 S. z.B. § 55 Abs. 5 der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts: „Das Sondervotum ist in der Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Anschluss an die Entscheidung namentlich gekennzeichnet zu veröffentlichen.“ (Hervorh. G. L.-W.). Ungewöhnlich für ein Gericht der *per-curiam*-Tradition dagegen die Regelung der Verfahrensordnung für das kosovarische Verfassungsgericht, die abweichende Meinungen ausdrücklich als integralen Bestandteil der jeweiligen Entscheidung qualifiziert, s. *Rules of Procedure of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo*, No.01/2018, v. 31. Mai 2018, Rule 63, <http://gjk-ks.org/wp-content/uploads/2018/06/rregullore_e_punes_gjkk_ang_2018.pdf>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. Diese Besonderheit beruht, wie andere Abweichungen von der *per-curiam*-Tradition in den Regularien für das kosovarische Verfassungsgericht, darauf, dass die *rules of procedure* auf US-amerikanischer Beratung beruhen (für Auskunft über diesen Sachverhalt danke ich *Durim Berisha*).

7 Näher *Lübbe-Wolff* (Fn. 2).

Im Einzelnen muss man bei solchen Vergleichen allerdings vorsichtig sein und die Ausgangsgrößen richtig wählen.⁸

Häufiger, wenn auch umstritten, ist in angelsächsisch geprägten Jurisdiktionen, soweit ich sehe, auch das Phänomen des *persistent dissent* – also die richterliche Beibehaltung und wiederholte Äußerung des Rechtsstandpunktes, mit dem ein Richter einmal in der Minderheit geblieben ist, in nachfolgenden Fällen.⁹ Dass eine befriedende, konfliktauflösende Wirkung der gerichtlichen Spruchtätigkeit selbst *innergerichtlich* gerade im *common-law*-Rechtskreis häufiger scheitert, ist auf den ersten Blick erstaunlich, da man ja gerade in einer durch Präzedenzfallbindung gekennzeichneten Rechtskultur erwarten sollte, dass ein unterlegener Richter den Rechtsspruch seiner Kollegen wenigstens in künftigen Fällen als das für gültig befundene Recht behandelt. Aber es herrscht hier eben nicht nur das Prinzip des *stare decisis*, sondern auch ein besonders ausgeprägter richterlicher Individualismus.

Verwunderlich ist es angesichts der im *common-law*-Rechtskreis gelgenden – wenn auch eingeschränkten – Präzedenzfallbindung, die im *civil-law*-Rechtskreis keine Entsprechung im Rechtsrang hat, zumindest auf den ersten Blick auch, dass etwa der *Supreme Court* der Vereinigten Staaten häufiger von früheren eigenen Entscheidungen abweicht als das Bundesverfassungsgericht.¹⁰ Die Erklärung für dieses bemerkenswerte Phänomen liegt in verschiedenen Gründen, die seine Rechtsprechung schwankungs-

8 Einstimmigkeits- und Abweichungsraten sind naturgemäß nicht nur von der jeweiligen Jurisdiktionskultur, sondern auch von etlichen anderen Faktoren abhängig, unter anderem von der Art und Zahl der zu entscheidenden Fälle. Verfassungsrechtsfälle zum Beispiel sind ihrer meist ausgeprägteren politischen Relevanz wegen statistisch betrachtet in der Regel erheblich häufiger kontrovers als reine Zivilrechtsfälle, und je größer die Zahl der schon vorab mit einem Filterverfahren ausgesonderten weniger wichtigen Fälle, desto wahrscheinlicher wird unter sonst gleichen Umständen Kontroversialität beim zur Entscheidung verbleibenden Rest.

9 Zum Vorkommen und zur Diskussion vgl. A. *Lynch*, Dissent: The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia, *Melbourne University Law Review* 27, 2003, S. 724 ff., Abschn. III. und IV, hier zitiert nach den Abschnittsangaben der im Internet auffindbaren Version, <<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/MelBLawRw/2003/29.html#Heading348>>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019.

10 Für eine Auflistung von 141 einschlägigen Entscheidungen des *US Supreme Court* allein im Bereich des Verfassungsrechts s. B. J. *Murrill*, The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent, *Congressional Research Service* 7-5700, R45319, 24. September 2018, S. 27 ff., <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R45319.pdf>>, zuletzt aufgerufen am 27.3.2019. Auch umgerechnet auf seine wesentlich kürzere

anfälliger machen als die kontinuierlich-mittigere des sehr viel konsensorientierteren Bundesverfassungsgerichts, und zu diesen Gründen gehört nicht zuletzt die im Selbstverständnis wie in den Entscheidungsfindungsregeln individualistischere, weniger kollegiale Prägung.¹¹

II. Begründungen

1. Begründete und nicht begründete Entscheidungen

Eine Gerichtsentscheidung stellt man sich heutzutage als etwas vor, das mit einer Begründung daherkommt. Dass das so ist, liegt aber nicht in der Natur einer Gerichtsentscheidung. Es war nicht immer so, und es ist auch heute nicht immer und überall so – auch bei uns nicht.

Die Sitte, dass gerichtliche Entscheidungen nach außen, insbesondere den Streitparteien gegenüber, begründet werden, ist gerade in weiten Teilen Kontinentaleuropas eine recht späte (Wieder)Errungenschaft. Im alten Reich galt es bis weit ins 18. Jahrhundert hinein verbreitet als grober Unfug, Gerichtsentscheidungen zu begründen. Damit handele man sich nur Nörgelei und weitere Klagen ein.¹² Außerdem hielt man die Begründung von Gerichtsentscheidungen auch deshalb für riskant, weil nach damaliger Doktrin offensichtliche Fehler zur Ungültigkeit einer Gerichtsentscheidung führten – also nicht nur dazu, dass der Betroffene sich innerhalb gewisser Fristen um Aufhebung durch ein höheres Gericht bemühen konnte.¹³ Da eröffnete man doch besser erst gar nicht die Möglichkeit, etwaige Fehler zu entdecken. Erst mit der Aufklärung gewann das zuvor nur ganz

Funktionszeit hat das Bundesverfassungsgericht seine eigene Senatsrechtsprechung deutlich seltener revidiert – und das, obwohl die Einteilung in zwei Senate, die bei Divergenz in tragenden Gründen eine Plenarentscheidung herbeiführen müssen, sowie fällige Anpassungen der eigenen Rechtsprechung an die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Quellen des Korrekturbedarfs sind, die beim *US Supreme Court* keine Parallele haben.

- 11 Zu weiteren Gründen, die daneben eine Rolle spielen, s. *Lübbe-Wolff*, Why (Fn. 2).
- 12 Vgl. S. *Hocks*, Gerichtsgeheimnis und Begründungzwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 2002, S. 18 f. Zu Gegenstimmen, die Entscheidungsbegründungen befürworteten, in der historischen Diskussion W. *Sellert*, Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat, Aalen 1973, S. 364 ff.
- 13 Vgl. *Hocks*, Gerichtsgeheimnis (Fn. 12), S. 31 ff.; zu Voraussetzungen der Nichtigkeit eines Urteils wegen falscher Begründung nach römisch-kanonischem Prozess-

vereinzelt normativ verankerte Postulat, dass Gerichtsentscheidungen einer Begründung bedürfen, an Boden. Reichskammergericht und Reichshofrat haben Zeit ihrer Existenz, also bis zum Untergang des Römisch-Deutschen Reichs im Jahr 1806, zwar intern begründete Voten der Richter archiviert, ihre Entscheidungen aber in aller Regel nicht nach außen begründet.¹⁴ Es dauerte noch bis weit in die zweite Hälfte des Jahrhunderts, bis in Deutschland die Begründungspflicht als Grundsatz allgemein durchgesetzt war.

Seit einigen Jahrzehnten ist nun ein rückläufiger Trend zu beobachten: Gerade die Höchstgerichte werden von der Pflicht zur Begründung zunehmend für bestimmte Fälle wieder freigestellt. Das ist ein internationaler Trend. Deutschland gehört zu den Staaten, in denen keine verfassungsrechtliche Begründungspflicht für jegliche letztinstanzliche Gerichtsentscheidung existiert und die auf einfachgesetzlicher Ebene vorgesehene Begründungspflicht bei den letztinstanzlichen Entscheidungen bereichsweise zurückgefahren worden ist.¹⁵ Für das Bundesverfassungsgericht wurde 1992/93 die Möglichkeit eingeführt, dass bei Nichtannahmeentscheidungen der Dreierkammern von einer Begründung abgesehen wird.¹⁶ Auch andere Bundesgerichte müssen abschlägige Entscheidungen über die zu ihnen eingelegten Rechtsmittel nicht durchweg begründen, wenn schon die Zulässigkeit der Klage verneint wird.

Diese auf den ersten Blick befremdliche Entwicklung, die den Klägern und ihren Anwälten gewiss nicht immer Freude bereitet, ist eine Reaktion auf den Ausbau des Rechtsstaates und die teils durch niedrige Zugangshürden, teils durch die Institution der Rechtsschutzversicherung geförderte extensive Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes. Beim Bundes-

recht auch K. W. Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz *in civilibus*, Heidelberg 2012, S. 201.

14 Näher W. Sellert, Zur Geschichte der rationalen Urteilsbegründung gegenüber den Partien insbesondere am Beispiel des Reichshofrats und des Reichskammergerichts, in: G. Dilcher/B. Diestelkamp, Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy, Berlin 1986, S. 97–113. Zur Entwicklungsgeschichte der Urteilsbegründung in Frankreich T. Sauvel, Histoire du jugement motivé, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 61, 1955, S. 5 ff. Zur Nichtbegründung von Entscheidungen im Kameralprozess und zu abweichenden Traditionen in Italien und Spanien P. Oestmann, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren, Wien/Köln/Weimar 2015, S. 175.

15 Mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz ist das in der Regel vereinbar, s. BVerfGE 118, 212 (238), m.w.N. (ständige Rechtsprechung).

16 Die Vorschrift ist umstritten; s. J. Hilpert, Begründungspflicht des Bundesverfassungsgerichts?, Tübingen 2019.

verfassungsgericht war die Einführung der Möglichkeit nicht begründeter Nichtannahmen eine Reaktion darauf, dass die Zahl der Verfassungsbeschwerden Anfang der Neunzigerjahre auf fast 4000 pro Jahr gestiegen war. Die eingehenden Verfahren zeitgerecht zu bewältigen, war deshalb immer schwieriger geworden. Man muss sich klar machen, dass in den Dreierkammern aus guten Gründen nur einstimmig entschieden werden kann. Unter dieser Bedingung verursacht aber die Abfassung einer außengerichteten Begründung, bei der man sich über jedes Wort abstimmen muss, erheblichen Aufwand. Es ist nicht damit getan, dass man einfach den internen Vermerk des Berichterstatters, mit dem er seinen Kollegen gegenüber begründet, warum die Beschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen ist, zur Entscheidungsbegründung macht. Außerdem kann man sich in einem internen Vermerk, der sich an mit der Rechtslage bestens vertraute Kollegen richtet, Abkürzungen erlauben, die nur mit einem Aufwand in eine allgemeinverständliche Begründung zu übersetzen wären.

Die AfD hat im vergangenen Jahr den Entwurf für ein Gesetz in den Bundestag eingebracht, mit dem das Bundesverfassungsgericht gezwungen werden sollte, wieder alle seine Entscheidungen zu begründen.¹⁷ Das ist nichts anderes als ein Anschlag auf die Arbeitsfähigkeit des Gerichts. Die Zahl der Eingänge pro Jahr liegt heute noch um 50 Prozentpunkte über der des Jahres 1992, die den Gesetzgeber bewogen hat, von der Begründungspflicht für Nichtannahmen abzusehen.

Es führt kein Weg daran vorbei: Wenn das Verfassungsgericht für jeden leicht zugänglich und zugleich funktionsfähig bleiben soll, braucht man ein Filterverfahren, das es erlaubt, Beschwerden, die ihrer Bedeutung nach keinen großen Arbeitsaufwand verdienen, mit begrenztem Aufwand auszusortieren. Die Möglichkeit der an bestimmte rechtliche Kriterien gebundenen, aber nach außen nicht begründeten Nichtannahme ist da noch das vergleichsweise schonendste Verfahren, weil es immerhin voraussetzt, dass die Sache im Gericht von drei Richtern mit übereinstimmendem Ergebnis geprüft worden ist.

Es ist nach alledem kein Zufall, dass gerade bei Verfassungsgerichten, die die Möglichkeit der Individualverfassungsbeschwerde kennen, oft zur Möglichkeit der Nichtbegründung als Entlastungsinstrument gegriffen wird.

¹⁷ BT-Drs. 19/5492.

2. Begründungsstile

Von den westlichen Rechtskulturen hat vor allem die französische die Gestaltung der Gerichtsurteile zu einer regelrechten Textkunstform entwickelt – einer Kunstform der vormodernen Art, streng reglementiert und formalisiert. Diese Form ist die der *phrase unique*: Das französische Gerichtsurteil, wie es bei der *Cour de Cassation* und beim *Conseil d'État* zumindest im Ansatz bis heute gepflegt wird, besteht – abgesehen von vorangestellten Bezeichnungen des entscheidenden Gerichts und Spruchkörpers sowie der Streitparteien und weiteren identifizierenden Angaben wie Aktenzeichen und Entscheidungsdatum – aus einem einzigen Satz, mit dem das Gericht sich, in vollkommen unpersönlicher Diktion, von der Feststellung des Sachverhalts und der Nennung der einschlägigen Rechtsnormen über die Erwägungen, die deren Bedeutung für den konkreten Fall spezifizieren, bis zum *dispositif*, zum Tenor der Entscheidung, vorarbeitet. Ein Beispiel für dieses klassische Muster: „(La Cour)..., Vu ...; Vu ...; Considérant que ..., que; Considerant que ... usw.; ORDONNE ...“.¹⁸ Heute findet man zwar häufig Auflockerungen dieser Struktur, unter anderem in der Weise, dass etwa auf ein „Considérant ce qui suit:...“ („In Erwägung des Folgenden / Das Folgende berücksichtigend:...“) eine Passage folgt, die aus mehreren eigenständigen Sätzen besteht, so dass die *phrase unique*, der eine, einzige Satz, nur den Rahmen bildet, in den mehrsätzige Passagen eingeschoben sind. Das französische Verfassungsgericht, der *Conseil con-*

18 Die Abfolge von „Vu“ und „Considerant que“ ist charakteristisch für die Entscheidungen des *Conseil d'État*. Bei der *Cour de Cassation* ist die Verbalisation insofern etwas anders, als die zum abschließenden Entscheidungsausspruch führenden Satzelemente mit „Vu ...“ und „Attendu que“, in wechselnder Folge, eingeleitet werden. Variabel sind auch die Einleitungen zum Tenor (*dispositif*); statt „ORDONNE“ kann es beispielsweise auch „DECIDE“ [sic, ohne accent] heißen und unmittelbar davor der Satzverlauf durch ein abgesetztes „Par ces motifs“ zäsuriert sein. Merkwürdigerweise wird bei den Entscheidungen beider Gerichte heute, soweit anhand der über die gerichtseigenen Webseiten zugänglichen Entscheidungen feststellbar, regelmäßig das Satzsubjekt („La Cour“ oder „Le Conseil“) weggelassen. Zur klassischen Form des *phrase-unique*-Urteils s. P. Mimin, *Le Style des Jugements (Vocabulaire – Construction – Dialectique – Formes juridiques)*, 4. Aufl. Paris: Librairies Techniques 1978, S. 185 ff.; R. K. Weber, *Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht. Eine vergleichende Analyse der Spruchpraxis*, Tübingen 2019, S. 1 u. passim; speziell zum tradierten Aufbau der Entscheidungen der *Cour de Cassation A. Perdriau*, *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation: principes et méthode de rédaction*, Paris: Litec 1993, S. 369 ff.; zur einsätzigen Struktur S. 370; zur syllogistischen Argumentation S. 405.

stitutionnel, hat sich darüber hinaus auch von der Rahmung durch die *phrase unique* verabschiedet.¹⁹ Aber diese der Komplexität der Rechtssachen und den gewachsenen Ansprüchen an die Verständlichkeit geschuldeten Veränderungen haben doch das Wesentliche des klassischen Duktus weitgehend unberührt gelassen. Der klassische Aufbau ist streng deduktiv und verbietet jede Weitschweifigkeit; er soll zur Konzision zwingen. Die Anforderung präziser Knappheit wird in Anleitungsbüchern regelmäßig besonders hervorgehoben. Weitschweifigkeit, so wird der französische Jurist belehrt, sei eine Sache des Feuilletons, wo man pro Zeile bezahlt werde. Die gerichtliche Entscheidung müsse dagegen durch kraftvolle Kürze beeindrucken.²⁰

Für unsere Begriffe fallen französische Urteile oft extrem kurz aus.²¹ Dieses Element der französischen Rechtskultur ist auch beim Conseil constitutionnel unverändert präsent. Mit der verfassungsrechtlichen Prüfung des Vertrages von Lissabon, deren Ergebnis das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil von 170 Druckseiten niedergelegt hat, ist der *Conseil constitutionnel* auf knapp 10 Seiten fertig geworden.²² Die Verfassungsgerichte

-
- 19 S. auch *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 1, 120 ff. Zu innerfranzösischen Kritik des traditionellen Stils und entsprechenden Veränderungstendenzen auch *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, München 2015, S. 466 f.; *F. Ranieri*, *Stilos Curiae. Zum historischen Hintergrund der Relationstechnik*, Rechtshistorisches Journal 4, 1985, S. 75 (86 f.). Speziell zu Anpassungen im Sinne einer „angereicherten Begründung“ (*motivation enrichie*), die u.a. den in der Rechtsprechung des EGMR aufgestellten Begründungsanforderungen geschuldet sind, bei der Cour de Cassation s. *Jacquin*, *La Cour de cassation se modernise pour garder son rang*, Le Monde 1.3.2017, und ausführlich *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 1, 169 ff.
- 20 *Mimin*, *Le Style* (Fn. 18), S. 208: „La prolixité s'explique dans un feuilleton payé par la ligne, mais une sentence judiciaire doit imposer par sa brièveté vigoureuse“; zur geforderten Konzision s. z.B. auch *Perdriau*, *La pratique* (Fn. 18), S. 421; *P. Estoup*, *Les jugements civils. Principes et méthodes de rédaction*, Paris: Litec 1998, S. 13.
- 21 S. etwa *J.-P. Ancel*, *La rédaction de la décision de justice en France*, Revue internationale de droit comparé 50, 1998, S. 841 (848: Verweis auf eine nur acht Zeilen umfassende Entscheidungsbegründung der Cour de Cassation); Angaben zur durchschnittlichen Anzahl der Seiten in unterschiedlichen Verfahren bei *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 35 ff.
- 22 S. einerseits BVerfGE 123, 267, andererseits Conseil constitutionnel, *Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007* <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2007560dc/2007560dc.pdf>, zuletzt aufgerufen am 18.12.2019. Entscheidungen, die in solcher Kürze zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen führen, sind keine Seltenheit, s. z.B. *Décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018* <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites>

anderer frankophoner Länder orientieren sich in diesem Punkt, wie in vielen anderen, häufig an den französischen Usancen.²³

Nach vorherrschender Meinung zeichnet sich der Stil der kontinental-europäischen verglichen mit dem der angelsächsischen Gerichtsurteile überhaupt durch größere Kürze aus.²⁴ Das trifft wohl zu, wenn man dem angelsächsischen Sprachgebrauch folgt und jeweils auch alle abweichenden Meinungen mit zur jeweiligen „Entscheidung“ rechnet. Folgt man dagegen dem hiesigen Sprachgebrauch, der als Entscheidung des Gerichts nur die – rechtlich allein maßgebende – Entscheidung der jeweiligen Richtermehrheit betrachtet, fällt der Vergleich der Umfänge partiell anders aus. Deutsche Gerichtsurteile zum Beispiel, vor allem die des Bundesverfassungsgerichts, schlagen nicht nur die des französischen *Conseil constitutionnel* um Längen. Sie sind in der Regel, wenn man die abweichenden Meinungen außer Betracht lässt, auch länger als die der *Supreme Courts* der Vereinigten Staaten und des Vereinigten Königreichs. Das unter Einschluss aller richterlichen *opinions* längste Urteil, das ich näher betrachtet

/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018744qpc/2018744qpc.pdf>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019; *Décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018744qpc/2018744qpc.pdf>*, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. Zur zunehmenden Länge der Entscheidungen beim *Conseil constitutionnel*, die allerdings nichts daran ändert, dass die Entscheidungen nach wie vor wesentlich kürzer sind als die des Bundesverfassungsgerichts, auch *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 35; Zahlen zur Länge der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ebd. S. 56.

23 Nur ein Beispiel: Das Verfassungsgericht Gabuns gibt die durchschnittliche Länge seiner Entscheidungen mit 10 Seiten an, s. *Cour constitutionnelle du Gabon* [2019], Réponses au Questionnaire, in: *Association des Cours Constitutionnelles Francophones (ACCF)*, Bulletin no 13, Avril 2019, Actes de la conférence organisée pour le 20e anniversaire de l’ACCPUF, novembre 2017, S. 299–312 (304), <https://cdn.accf-francophonie.org/2019/06/bulletin-13-reponses-gabon.pdf>, zuletzt aufgerufen am 18.12.2019.

24 *G. Cuniberti*, Grands systèmes de droit contemporain. Introduction au droit comparé, 3. Aufl. Paris: LGDJ, 2015, S. 58, Rn. 95; *M. Cohen*, Ex Ante Versus Ex Post Deliberations: Two Models of Judicial Deliberations in Courts of Last Resort, *American Journal of Comparative Law* 62, 2014, S. 401 (453); *M. Pavčník*, Begründung der gerichtlichen Entscheidungen – Bewertung und Empfehlung, in: *L. Tichý/P. Holländer/A. Bruns (Hrsg.)*, *Oduvodnění soudního rozhodnutí – The judicial opinion – Begründung von Gerichtsentscheidung [sic]*, Prag: Centrum právní komparatistiky, Pravnická fakulta Univerzity Karlovovy v Praze 2011, S. 363, m.w.N.

habe, stammt allerdings tatsächlich aus einem stark vom *common-law* geprägten Land, aus Pakistan; es umfasst gut 900 Seiten.²⁵

Die französische Üblichkeit des Sichkurzfassens wirkt auch in die Beratungen hinein. Ein Richter des *Conseil d'État* hat mir berichtet, in den Beratungssitzungen sei jede Redundanz strengstens verpönt. Die resultierenden Entscheidungen vermitteln der Form nach den – der Sache nach allerdings in der Regel nicht ansatzweise eingelösten – Eindruck des logisch Zwingenden.²⁶ Inhaltlich diskursiv wirken sie nicht. In den Worten des Berichts einer beim *Conseil d'État* gebildeten Arbeitsgruppe zur Redaktion verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen: Vermittelt wird das Bild des Richters, der mehr behauptet als zu rechtfertigen.²⁷ Großer Wert wird nicht nur auf Kürze, sondern auch auf Eindeutigkeit gelegt: „*Le motif doit être clair et affirmatif, il ne doit pas laisser la place à l'interprétation.*“²⁸ Zum Eindruck des Autoritativen trägt zusätzlich das Verbot der Veröffentlichung abweichender Meinungen bei.

In diesem Verbot manifestiert sich dasselbe wie im knappen, präzisen, ableitenden Duktus der Entscheidungsbegründung, nämlich, wie es der schon erwähnte französische Richter mir gegenüber ausdrückte, „*la position catholique*“. Das Urteil ergeht als autoritative Offenbarung eines schon feststehenden Gültigen. Die Präsentation der richterlichen Entscheidung entspricht damit – wiederum: der Form nach – zugleich dem montesquieu'schen Postulat, dass der Richter nur „*la bouche de la loi*“, der Mund des Gesetzes, sein, also nur aussprechen soll, was schon das Gesetz selbst besagt. Die Kultur äußerster Knappheit und Präzision der Urteilsgründe korrespondiert der Ablehnung eines „*gouvernement des juges*“, einer

25 Supreme Court of Pakistan, District Bar Association, Rawalpindi and others v. Federation of Pakistan, vom 5.8.2015, PLD 2015 SC 401. Die Entscheidung war am 20.9.2018 auf der Gerichts Webseite unter <http://www.supremecourt.gov.pk/web/user_files/File/Const.P.12of2010.pdf> abrufbar. Dieser Link ist inzwischen deaktiviert; s. stattdessen <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=6E4DCBAB2B307CE1C12581AD004FD725&action=openDocument&xp_countrySelected=PK&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=topic&SessionID=DXXUSTFWD8>, zuletzt aufgerufen am 18.12.2019.

26 Detaillierte Analyse bei Weber, Begründungsstil (Fn. 18), S. 111 ff.

27 Conseil d'Etat (Hrsg.), Groupe de Travail sur la Rédaction des Décisions de la Jurisdiction Administrative, Rapport (April 2012), <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/groupe-de-travail-sur-la-redaction-des-decisions-de-la-juridiction-administrative-rapport-final>>, zuletzt aufgerufen am 18.12.2019, S. 38: „Elle traduit aussi ... une conception du juge qui affirme plus qu'il ne justifie.“

28 So, allgemein zu den Anforderungen an die Begründung französischer Gerichtsurteile, Ancel, La rédaction (Fn. 21), S. 850.

Richterherrschaft, auch insofern, als sie gleichbedeutend ist mit strikter Unterdrückung von *obiter dicta*.²⁹ Darin liegt tatsächlich, nicht bloß der Form nach, ein wesentliches Element richterlicher Zurückhaltung.

Der französische Begründungsstil ist in anderen Jurisdiktionen kopiert worden, manchmal auch nur teilweise und ohne mit bestimmten Elementen der Form auch den Sinn zu übernehmen.³⁰

Völlig anders stellt sich der traditionelle Begründungsstil im *common-law*-Rechtskreis dar. Hier erscheinen die Urteile ganz und gar als Menschenwerk. Die Richter äußern sich weitgehend individuell, ursprünglich eben sogar jeder einzeln, *seriatim*. Sie schreiben in der Ich-Form. Es gibt keinen bestimmten Usus für den Aufbau der richterlichen *opinion*.³¹ In den bis heute oft als *speech(es)* bezeichneten Urteilen hat sich das oratorische Element des ursprünglich rein mündlichen Vortrags der richterlichen

-
- 29 Das bedeutet zwar nicht, dass nicht entgegen dem äußeren Anschein auch französische Richter rechtschöpferisch tätig würden (s. auch, zum internen Vorkommen teleologischer Argumente und zur Bedeutung publizierter informationsreicher Begleitdokumente zur eigentlichen gerichtlichen Entscheidung, am Beispiel der Cour de Cassation *M. Lasser*, Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy, Oxford: Oxford University Press 2004, S. 27 ff., 166 ff.). Die französische Tradition nötigt sie aber dazu, das zu kaschieren (vgl. *H. Jung*, Richterbilder: Ein interkultureller Vergleich, Baden-Baden 2006, S. 152), und das hat restriktive Rückwirkungen auf die Neigung und die Möglichkeiten zur Kreativität und zum Ausgriff in die Domäne des Gesetzgebers.
- 30 So hat das indonesische Verfassungsgericht die Abfolge von „considerant-que“-Elementen, aber nicht ansatzweise zugleich den streng ableitenden Duktus übernommen, s. die Beschreibung bei *S. Butt*, The Constitutional Court and Democracy in Indonesia, Leiden/Boston: Brill 2015, S. 61 ff.
- 31 S. statt vieler *A. F. Rodger* [of Earlsferry; The Rt Hon Lord Rodger], The Form and Language of Judicial Opinions, Law Quarterly Review 118, 2002, S. 226 (227). Im Vereinigten Königreich entspricht dem das Fehlen einer Tradition der spezifischen, das Abfassen richterlicher Urteile betreffenden Ausbildung, ebd. S. 226 f. Das wiederum erklärt sich daraus, dass es in der Tradition des *common law* überhaupt keine spezielle akademische oder bürokratische Ausbildung für den Richterberuf gibt; Richter wird man nicht nach Abschluss einer Ausbildung, die die Befähigung zum Richteramt vermittelt und einen Teil der Absolventen direkt in solche Ämter – in Frankreich sogar teilweise unmittelbar in Spitzenämter der Justiz – führt, sondern traditionell durch Selektion in einer späteren Phase des, meist anwaltlichen, Berufslebens; s. für die Unterscheidung zwischen einem bürokratischen und einem professionellen Modell der Richterrekrutierung *J. Bell*, *Judiciaries within Europe: A Comparative Review*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, S. 15, m.w.N.

Einzelmeinungen³² erhalten. Die Sprache ist oft farbig, der Stil manchmal so personenspezifisch, dass man den jeweiligen Verfasser auch unabhängig von der einleitenden namentlichen Nennung individualisieren könnte.³³ Die traditionelle richterliche *opinion* des *common law* kann, zumindest in ihren besten Hervorbringungen, ebenfalls als eine Kunstform betrachtet werden. Man spricht von einem „literarischen Schreibstil“.³⁴ Tatsächlich verdanken berühmte Richter des *common-law*-Rechtskreises ihren Kultstatus häufig der Brillanz, der Schärfe, dem Witz ihrer Formulierungen, dem Schlagenden ihrer Beispiele und anderen Elementen ihrer Präsentationskunst.³⁵ Verglichen mit dem französischen *phrase-unique*-Urteil handelt es sich hier um eine entschieden nicht-akademische Kunst (im kunsthistorischen Sinn des Wortes „akademisch“), um eine deutlich moderne, subjektivere.

Mit dieser Charakterisierung verbinde ich kein Werturteil. Gerade für juristische Zwecke muss das Subjektivere nicht unbedingt das Geeignetere

-
- 32 Dazu und zu Veränderungen, die der allmähliche Übergang zu schriftlich abgefassten *opinions* zwangsläufig zur Folge hat, *Rodger, The Form* (Fn. 31), S. 229 ff.; Zur Tradition der Mündlichkeit im *common law* s. auch *M. D. Kirby, Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Traditions, Law Quarterly Review* 123, 2007, S. 379 (384 ff.).
 - 33 Näher *M. Andenas/D. Fairgrieve, Simply a Matter of Style? Comparing Judicial Decisions*, *European Business Law Review* 25, 2014, S. 361 (363 ff.).
 - 34 *J. E. Kushal Murkens, Verfassungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich*, in: *A. v. Bogdandy/C. Grabenwarter/P. Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum*, Bd. VI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, Heidelberg 2016, S. 795 (824), Rn 70. Die Individualität des Ausdrucks schließt vor allem unter den politisch polarisierten Verhältnissen, die in den USA herrschen, oft auch eine ausgeprägte Schärfe insbesondere bei den abweichenden Meinungen ein, s. dazu *P.M. Wald, The Rhethoric of Results and the Results of Rhethoric: Judicial Writings*, *University of Chicago Law Review* 62, 1995, S. 1371 (1382 ff., m.w.N.).
 - 35 Daneben spielt traditionell u.a. die Kunst der Fragen in mündlichen Verhandlungen eine wichtige Rolle; zu Gründen der Wertschätzung individueller Richter s. *Rodger, The Form* (Fn. 31), S. 238 ff. Natürlich gibt es auch Fälle einer besonderen Prominenz und Verehrung, die an bestimmte Werthaltungen gebunden ist; sie wird einzelnen Richtern im angelsächsisch geprägten Rechtskreis vor allem dann zuteil, wenn entweder eine ausgeprägte rhetorische Kunstfertigkeit hinzukommt, wie im Fall von Antonin Scalia, oder wenn die jeweilige Werthaltung zusätzlich biographisch illustriert und beglaubigt ist, der Richter also in besonderem Maß als ganze Persönlichkeit für das steht, wofür er sich als Richter einsetzt oder eingesetzt hat – man denke etwa an Ruth Bader Ginsburg und ihren Einsatz für Frauenrechte in den USA oder an Albie Sachs, der schon vor der Berufung zum Richter seinen Einsatz gegen die Apartheid mit schweren Verletzungen durch ein Attentat bezahlt hatte, in Südafrika.

sein. Und selbst wenn die Charakterisierung von etwas als „modern“ ohne Weiteres als Gütesiegel zu begreifen wäre: Gerade der individualistische Grundzug des Judizierens im *common-law* hat, so vergleichsweise modern er in der rein ästhetischen Betrachtung anmuten mag, seine Wurzeln nicht in der Moderne, sondern im archaischen rein mündlichen *seriatim*-Gericthtsbetrieb einer Zeit, die noch keine alphabetisierten Richter kannte. Den Vorzug dieser Tradition hat man stets in der Offenheit des durch derartige Entscheidungen konstituierten Rechts gesehen: Gerade dass übereinstimmende Ergebnisse von unterschiedlichen Richtern unterschiedlich begründet werden können – in früherer Zeit, als die Richter ihre Entscheidungen nur mündlich verkündeten und eine Verschriftlichung nur durch die *reports* externer Beobachter erfolgte, kam noch hinzu, dass unterschiedliche *reporter* über dieselben richterlichen *opinions* in unterschiedlichen Worten berichteten –, mildere die Rigidität eines eindeutigen Wortlauts, lenke die Aufmerksamkeit von bloßen Worten auf zugrundeliegenden Sinn und Zweck und verschaffe so die Flexibilität, die nötig ist, wo jede Entscheidung im Prinzip verbindliche Präzedenzwirkung hat.³⁶ Diese Flexibilität ist freilich nur die Kehrseite der besonderen Schwierigkeit der Bestimmung der tragenden Entscheidungsgründe, die die Multiplizität richterlicher Einzelmeinungen aufwirft. Sie ist gleichbedeutend mit häufiger Unbestimmtheit und infolgedessen oft mangelnder Orientierungsleistung gerade der höchstrichterlichen Entscheidungen, die doch Klärungsleistungen für das gesamte Rechtssystem erbringen sollten. Hier liegt der Grund für die seit langem wiederkehrenden Forderungen kollegialerer, einheitlicherer Entscheidungen und für die immer neuen Anläufe und den im *common-law*-Rechtskreis insgesamt sich abzeichnenden Trend in diese Richtung.³⁷

Wie im französischen Fall die Affinität zur katholischen Tradition auffällt, so liegt auch im angelsächsischen ein Zusammenhang mit allgemeineren kulturellen Prägungen auf der Hand, in diesem Fall mit dem individualistischen, wettbewerblichen, auf Konfrontation der Gegensätze setzenden Grundzug der angelsächsischen institutionellen Kultur.

Zugleich ist die *common-law*-Kultur der Entscheidungsbegründung, zumindest in bestimmten Hinsichten, die deutlich weniger autoritäre: Ers-

36 P. M. Tiersma, The Textualization of Precedent, Loyola Law School, Legal Studies Paper No. 2007-28, April 2007, S. 1197, 1202, 1207f., 1219, 1236 u. *passim*, m.w.N.

37 S. für das Vereinigte Königreich *Andenas/Fairgrieve, Simply* (Fn. 33), S. 363 ff.; zur allgemeineren Wegbewegung von der Reinform der *seriatim*-Entscheidung s.o. Text mit Fn. 3 f.

tens macht sie keine Anstalten, im Interesse eines Anscheins der Alternativlosigkeit der gefundenen Lösung die Möglichkeit unterschiedlicher Auslegungen des geltenden Rechts zu verbergen. Zweitens zielt sie auf Allgemeinverständlichkeit und damit im Gegensatz zur französischen nicht nur auf Rechtfertigung gegenüber Rechtsexperten, sondern auf Rechtfertigung gegenüber jedermann.³⁸

Auch im *common-law*-Rechtskreis gilt Knappheit der Begründung als Tugend. Der tatsächliche Trend geht allerdings hier wie überall zu längeren Entscheidungen.³⁹

Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts als Kunstwerke aufzufassen, würde wohl niemandem einfallen. Von der eleganten extremen Konzision der französischen Urteile sind sie weit entfernt. Dass und warum sie auch die spezifischen stilistischen Qualitäten der brilliantesten höchstrichterlichen opinions des *common-law*-Rechtskreises nie erreichen, hat kürzlich ein junger amerikanischer Kollege ganz richtig auf den Punkt gebracht: Ihm sei gesagt worden, „*that the reason nothing fun ever gets into German judgments is that any time one justice enlivens a draft judgment with a striking formulation or a novel turn of phrase, another justice removes the offending article when the draft gets read in conference. Such, alas, are the perils of writing by committee*“.⁴⁰

-
- 38 Zu diesem Unterschied auch *Bell, Judiciaries* (Fn. 31), S. 9 f., m.w.N. (zum französischen Begründungsstil ausführlicher dort S. 73 ff.); s. auch, auf weitere Verbesserung der Verständlichkeit für jedermann ziellend, *M. Arden* [The Rt Hon Lady Justice Arden], *Judgment Writing: Are shorter judgments achievable?* Law Quarterly Review 128, 2012, S. 515 (517 f. u. passim).
- 39 S. für die Gerichte im Vereinigten Königreich *Arden, Judgement Writing* (Fn. 38), S. 515; für den australischen *High Court M. Groves/R. Smyth, A Century of Judicial Style: Changing Patterns in Judgment Writing on the High Court 1903-2001*, Federal Law Review 32, 2004, S. 255 ff., hier zitiert nach <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2004/11.html>>, zuletzt aufgerufen am 3.2.2019 (ohne Seitenzählung, Zitierung nach Abschnittsüberschriften), Abschnitte „Length of High Court Judgments“ und „Conclusion“. Bei den Verfassungsgerichten der kontinentaleuropäischen Tradition sieht es nicht anders aus. Der erste Band der Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) enthielt auf 440 Seiten (ohne Richterliste und Register) 49 Entscheidungen. Im Band 106 aus dem Jahr 2003 waren es auf 378 Seiten 17 Entscheidungen. Der 2018 erschienene Band 146 enthält auf 375 Seiten nur noch sieben. Für Klagen über zu lange Entscheidungen s. auch *M. Aragón Reyes, La deliberación en los tribunales constitucionales*, Revista Española de Derecho Constitucional 112, 2018, S. 377-385 (382).
- 40 *J. Collings, An American Perspective on the German Constitutional Court*, in: A.B. Kaiser/N. Petersen/J. Saurer (Hrsg.), *The U.S. Supreme Court and Contem-*

So ist es beim Bundesverfassungsgericht tatsächlich. In den gemeinsamen Leseberatungen, in denen die Richter anhand des Entwurfs des Berichterstatters die abschließende Textfassung der Senatsentscheidungen erarbeiten, wird prononciert Individuelles ausgeschieden. Ein exzessionelles Entgegenkommen genoss im Zweiten Senat ein bayerischer Kollege, dem man, vielleicht als kleinen Tribut an seine verschmitzte bayerische Eigenwilligkeit, regelmäßig die außerhalb Bayerns ungewöhnliche Formulierung durchgehen ließ, etwas liege „nicht inmitten“ (liege nicht vor, spielt keine Rolle). In aller Regel achten die Senate darauf, dass, ganz besonders bei den rechtlichen Obersätzen, soweit wie möglich die hergebrachten Formulierungen verwendet werden, damit nicht Abweichungen in der Formulierung Spekulationen über damit beabsichtigte inhaltliche Änderungen der Rechtsprechung aufwerfen.

III. Gliederungselemente, Zitierweisen und sonstiges

Viele weitere Unterschiede in Form und Stil verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ließen sich nennen. Das betrifft die offizielle Benennung und andere kennzeichnende Elemente der Entscheidung, Invokationen der in Anspruch genommenen höchsten Legitimationsquelle oder andere pathetische Formeln und den Aufbau – Gliederungselemente und deren Kennzeichnung –, Üblichkeiten und Unüblichkeiten der Bezugnahme auf Rechtsprechung und Literatur, Unterschriften, erkennbare Autorschaf-ten⁴¹ und mehr. Das alles darzustellen und zu interpretieren, fehlt hier der Raum. Es soll deshalb nur an einigen Beispielen illustriert werden, dass es sich auch hier meist nicht um bloße Formalien ohne tiefere Bedeutung handelt.

Für Eingangsformeln wie das „Im Namen des Volkes“, mit dem die Urteile des Bundesverfassungsgerichts überschrieben wird, liegt das auf der Hand. Es ist eben nicht dasselbe, ob man Recht im Namen des Volkes oder, beispielsweise, „in the name of HM King Abdullah II Bin Al-Hussein“⁴² spricht, und es wäre sehr verwunderlich, wenn der Unterschied sich in der Formulierung dieser Zeile erschöpfte.

porary Constitutional Law: The Obama Era and Its Legacy, Baden-Baden 2018, S. 273 (284).

41 Zur Frage der erkennbaren Autorschaft s. bereits oben Text mit Fn. 5.

42 The Constitutional Court of Jordan, Ruling No. 4 for 2013, v. 28.8.2013, <<http://www.cco.gov.jo/Portals/0/RulingNo.4For2013.pdf?ver=2015-10-14-102800-000>>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. Die Berufung auf den Monarchen als Legitima-

Ob etwa ein einzelner, namentlich benannter Richter als Autor der Entscheidung auftritt, wie im *common-law*-Rechtskreis nach wie vor weitgehend – wenn auch mit rückläufiger Tendenz – üblich, hängt eng mit dem weiter oben schon besprochenen Grundverständnis der Entscheidung als im Extremfall aus *seriatim* aufgelisteten Einzelmeinungen zusammengesetztes oder als kollegiales, kooperativ zu erarbeitendes Produkt zusammen. Ebenso die Unterschriftssitten: Verfassungsgerichtsurteile in der *per curiam*-Tradition tragen typischerweise die Unterschriften aller Richter, gleich ob sie der Entscheidung zugestimmt haben oder nicht, oder die des Gericht nach außen auch sonst vertretenden Präsidenten (selbst wenn dieser gegen die Entscheidung gestimmt hat), manchmal zusätzlich auch die des Generalsekretärs oder des Berichterstatters. Die Unterschrift dokumentiert hier die Beteiligung an der Entscheidungsfindung in dem Kollegium, das die nunmehr gültige und zu respektierende Entscheidung getroffen hat, und kann auch als Bezeugung der von der jeweils individuellen Meinung gerade nicht abhängigen Gültigkeit verstanden werden. Im *common-law*-Rechtskreis bedeutet eine etwaige richterliche Unterschrift dagegen Autorschaft oder Einverständnis mit der Entscheidung. Die Unterschriftssitten der kollegialen Entscheidungstradition wirken, von diesem Verständnis ausgehend, wie eine Falschbeurkundung.

Selbstverständnisse und Aufgabenverständnisse drücken sich auch darin aus, ob Entscheidungsbegründungen auf frühere eigene Rechtsprechung, auf Rechtsprechung anderer Gerichte, und auf rechtswissenschaftliche Literatur rekurrenieren oder gerade nicht. Wo zum Beispiel selbst das Zitieren früherer eigener Rechtsprechung verpönt ist oder war, handelt es sich um die symbolische Behauptung, dass allein das Gesetz entscheide.⁴³ In vorhandener oder verweigerter sichtbarer Auseinandersetzung mit Rechtspre-

tionsquelle findet sich hier nicht als Eingangsformel, sondern am Schluss vor den Unterschriften der Richter. Interessant ist hier auch, dass die Richter in dieser Unterfertigung als „President (Name)“, „Member (Name)“ oder „Dissenting Member (Name)“ geführt werden. Ähnlich erscheinen z.B. auch bei der argentinischen *Corte Suprema de la Nación* die Unterschriften der Richter, die die Mehrheitsmeinung des Gerichts nicht mittragen, mit dem Zusatz „(en disidencia)“; Beispiele unter <<https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar>>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019.

43 Bei den französischen Höchstgerichten zum Beispiel ist selbst das Zitieren früherer eigener Rechtsprechung verpönt; s. auch Weber, Begründungsstil (Fn. 18), S. 88 f. Bei einem der Verfassungsgerichte der Frankophonie, das diese Sitte imitiert, führt man zur Begründung aus, die Fälle müssten anhand der gesetzlichen Bestimmungen und nicht anhand systematischer Bezugnahme auf eigene Rechtsprechung entschieden werden, s. Cour constitutionnelle du Gabon 2019 (Fn. 18).

chung und wissenschaftlicher, vor allem rechtswissenschaftlicher Literatur⁴⁴ und der darin „herrschenden Meinung“ bekunden sich darüber hinaus auch Hierarchie- und Dominanzverhältnisse und -ansprüche, Selbstherrlichkeiten oder umgekehrt Rationalitätsansprüche und das Bestreben, Selbstherrlichkeit oder den Anschein davon durch Rückbindungen möglichst zu vermeiden. Auf- oder Abwertungsinteressen spielen besonders deutlich in dem Streit darüber eine Rolle, ob Gerichtsentscheidungen auch auf die Judikatur ausländischer Gerichte Bezug nehmen sollten.⁴⁵

23), S. 304. Auch beim finnischen Obersten Verwaltungsgericht hat man früher gerade auf das Zitieren eigener Entscheidungen verzichtet, um nicht den Eindruck zu erwecken, als halte man die eigenen Entscheidungen für eine Rechtsquelle (Auskunft eines Richters des finnischen *Supreme Administrative Court*). Zur französischen Sitte s. *Cuniberti*, *Grands systèmes* (Fn. 24), S. 58, Rn. 95.

- 44 Die italienische *Corte Costituzionale* z.B. pflegt nicht bestimmte Autoren und Werke zu zitieren, sondern nur vereinzelt allgemein auf „die Lehre“ (*la dottrina*) Bezug zu nehmen, s. R. *Bifulco/D. Paris*, Der italienische Verfassungsgerichtshof, in: *Bogdandy/Grabenerwarter/Huber* (Hrsg.) (Fn. 34), § 100, S. 271 (321), Rn. 114. Das spanische *Tribunal Constitucional* gehört, wie der belgische Verfassungsgerichtshof, zu den Verfassungsgerichten, die Literaturmeinungen grundsätzlich nie zitieren. Richter des *Tribunal Constitucional* begründen das damit, dass das Gericht genug Autorität habe, um eigene *doctrina* zu entwickeln, statt sich auf die in der Literatur entwickelte zu stützen, s. A.R. *do Vale*, *La deliberación en los tribunales constitucionales*, Madrid 2017, S. 100. In Kanada hat in der Vergangenheit ein *Chief Justice* des *Supreme Court* sogar den vor dem Gericht auftretenden Anwälten das Zitieren von Literaturmeinungen verboten, E. *McWhinney*, *Judicial Concurrences and Dissents: A Comparative View of Opinion-writing in Final Appellate Tribunals*, *The Canadian Bar Review* 31, 1953, S. 595 (620); inzwischen gelten diese aber als sekundäre Rechtsquelle und dementsprechend zitierbar, s. *Cour suprême du Canada*, *Réponses au questionnaire*, in: *Association des Cours Constitutionnelles Francophones (ACCF)*, *Bulletin n° 13*, Avril 2019, *Actes de la conférence organisée pour le 20e anniversaire de l'ACCPUF*, novembre 2017, S. 249–263 (258), <<https://cdn.accf-francophonie.org/2019/06/bulletin-13-reponse-s-canada.pdf>>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. Beim britischen *Supreme Court* sind Zitate aus der Literatur recht selten. Beim *US Supreme Court* ist in den zurückliegenden Jahrzehnten die Heranziehung juristischer Literatur erheblich zurückgegangen; dafür werden sowohl mittelbare Auswirkungen politischer Polarisation verantwortlich gemacht als auch der Umstand, dass die akademische Jurisprudenz sich immer weniger mit dem klassisch-rechtsdogmatischen Auslegungsgeschäft und immer mehr mit Dekonstruktivem und mit abstrakten Theoriebildungen befasste, s. H. *Schweber/J. I. Brookhart*, *The Supreme Court of the United States*, in: A. v. *Jakab/A. Dyevre/G. Itzcovich* (Hrsg.), *Comparative constitutional reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, S. 723 (723; vgl. auch S. 744).
- 45 Zu diesem besonders heftig in den USA geführten Streit – es gab sogar einen Gesetzentwurf, mit dem das Zitieren fremder Urteile verboten werden sollte – statt

Was den Aufbau angeht, unterstreicht etwa das französische Modell des Voranschreitens von dargelegten Rechtsprämissen zum Ergebnis, das erst ganz am Ende präsentiert wird, symbolisch den behaupteten rein deduktiven Charakter der Entscheidungsfindung,⁴⁶ während Urteile, die, wie beim Bundesverfassungsgericht, mit dem Tenor beginnen, sich eher an praktischen Informationsbedarfsprioritäten orientieren. Technische Details wie das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Gliederungen, Zwischenüberschriften und Randziffern sagen, *ceteris paribus*, zumindest etwas darüber aus, wie nutzergerecht und damit gemeinwohlorientiert das jeweilige Gericht in der jeweiligen Hinsicht operiert, und nicht selten mag das ein Hinweis auf allgemeinere Orientierungen sein.⁴⁷

Den bundesverfassungsgerichtlichen Usus, jeweils in einem gesonderten Entscheidungsabschnitt anhand der bisherigen Rechtsprechung die abstrakten „Maßstäbe“ darzulegen, die der Entscheidung des konkreten Falles zugrundezulegen sind, hat man als Ausdruck der Verselbständigung

vieler *U. Sacksofsky*, „Große Richter“? Vergleichende Beobachtungen zum Tod von Antonin Scalia, in: Jör 65, 2017, S. 743 (752 f.), m.w.N. Nach einer im Jahr 2019 veröffentlichten Auskunft von Jean Spreutels, bis 2018 Präsident des belgischen Verfassungsgerichts, hat dieses Gericht Rechtsprechung aus anderen Staaten sogar bislang noch in keinem einzigen Fall zitiert, *J. Spreutels*, La motivation des arrêts de la Cour constitutionnelle de Belgique, in: Bulletin n° 13, Avril 2019, Actes de la conférence organisée pour le 20e anniversaire de l’ACCPUF, novembre 2017, <<https://cdn.accf-francophonie.org/2019/06/bulletin-13-tab-2-belgique.pdf>>, S. 63 (68); sehr wohl wird dagegen die Rechtsprechung der transnationalen Gerichte zitiert, *ebd.* S. 67, 68), zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. In Deutschland sind rechtsvergleichende Betrachtungen wenig umstritten; zur Praxis des Bundesverfassungsgerichts s. *S. Graf Kielmansegg*, Foreign Precedents in Constitutional Litigation, in: M. Schmidt-Kessel (Hrsg.), German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law, Tübingen 2014, S. 643 ff.; *S. Martini*, Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court, in: T. Groppi/M.-C. Ponthoreau (Hrsg.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Portland: Hart Publishing 2013, S. 229 (in diesem Band auch Berichte zu zahlreichen weiteren Verfassungsgerichten).

- 46 Zum rein symbolischen Charakter dieses Duktus, während die vorgebliebe Ableitung tatsächlich äußerst lückenhaft bleibt, s. die treffenden Urteilsanalysen bei *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 104 ff.
- 47 *R. A. Posner*, Judges’ Writing Styles (And Do they Matter)? University of Chicago Law Review 62, 1995, S. 1421 (1427), sieht in der Abwesenheit von Gliederungsüberschriften – wie in der Abwesenheit von Fußnoten – einen Verzicht auf hohen Ton, denn es handele sich um Annäherungen an das mündliche Sprechen; bei Posner auch Überlegungen dazu, was den Ton einer Entscheidung hebt oder – in einem nicht pejorativ gemeinten Sinn – senkt.

der Verfassungsgerichtsbarkeit zu einer „maßstabsetzenden Gewalt“ interpretiert, die sich vom für die richterliche Funktion und deren Legitimität konstitutiven Bezug auf den konkreten Streitfall tendenziell emanzipiere.⁴⁸ Mir scheint dagegen, dass die Darlegung der Maßstäbe, d.h. die Ausformulierung der Regeln, nach denen entschieden wird, gerade eine wesentliche, rechtsstaatsgemäße Eigenheit der Rechtsprechung zur Geltung bringt, nämlich dass sie *nach Regeln* erfolgt. Die müssen, soweit nicht schon in der Verfassung und den Gesetzen hinreichend determinationskräftig ausgesprochen, zunächst mit den üblichen Methoden der Auslegung entwickelt werden. Darin, dass das geschieht, das Rechtsproblem also *verregelt* und nicht einfach der konkrete Fall *ad hoc* irgendwie entschieden wird, und in der Maßstäblichkeit der entwickelten Regeln auch für künftige Fälle liegt gerade ein wesentliches Element des vor Willkür schützenden Charakters rechtsstaatlicher Justiz.⁴⁹ Ob die Maßstabsbildung immer mit einem ausreichenden Maß an richterlicher Zurückhaltung erfolgt, steht auf einem anderen Blatt und hängt nicht notwendigerweise davon ab, ob sie in einem gesonderten Abschnitt erfolgt.

IV. Form, Stil und Substanz

Unterschiede in Form und Stil von Gerichtsurteilen gehen mit Unterschieden von typischerweise substanzialer Bedeutung einher. Individuell oder gemeinsam, autoritativ-dekretierend oder diskursiv-begründend, im Duktus des logisch Abgeleiteten oder die Schwierigkeiten der Rechtskonkretisierung verdeutlichend, mehr systematisierend und verallgemeinernd oder mehr topisch-einzelfallbezogen, nutzerorientiert oder in souveräner Missachtung von Nutzerinteressen formuliert und gegliedert, vom Präsidenten, vom Berichterstatter, auch von einem Mitarbeiter, oder von allen Richtern unterfertigt – alle diese und andere Alternativen im Stil gerichtlicher Ent-

48 O. Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Frankfurt a. M. 2011, S. 159 (168 ff.); kritisch auch Weber, Begründungsstil (Fn. 18), S. 130 ff.

49 Zum Gesichtspunkt des „*interpretive commitment*“ durch judizielle Rechtsauslegung s. auch E. Schürmann, Vorstellen und Darstellen. Szenen einer medienanthropologischen Theorie des Geistes, München 2018, S. 182 f., m.w.N. Zu Konstellationen, in denen ausnahmsweise gerade Nichtverregelung das Mittel der Wahl sein kann, G. Lübbe-Wolff, Das Dilemma des Rechts. Über Strenge, Milde und Fortschritt im Recht, Basel: Schwabe Verlag 2017, S. 33, 43 ff.

scheidungen sind den Entscheidungen in der Regel nicht bloß äußerlich, sondern symbolisieren etwas Substanzielles. Sie sagen etwas aus über das Zustandekommen der Entscheidung, über den Geist, im dem gearbeitet wird, und damit über Faktoren, die auch für die inhaltlichen Ergebnisse der Spruchtätigkeit und deren Funktionalität nicht gleichgültig sind. Das bedeutet allerdings nicht, dass schon Änderungen im Stil genügten, um zu Änderungen auch in der Substanz zu gelangen. Der in den Kulturwissenschaften verbreitete Voodoo-Glaube, dass schon mit Operationen an Symbolen, Zeichen, Namen eine Änderung in der Substanz des Symbolisierten, Bezeichneten, Benannten zu bewirken sei, ist in Bezug auf die Rechtsprechung so verfehlt wie sonst.